

Transformation des Sociétés existantes
en
Sociétés à responsabilité limitée
de la Loi du 7 mars 1925

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Jeudi 19 mai 1927, à 2 heures

PAR

François MOURLAQUE

Président : M. LÉVY-ULLMANN, professeur.

Suffragants : { *MM. PERCEROU, professeur.*
HÉMARD, professeur

LIBRAIRIE DES JURIS-CLASSEURS - ÉDITIONS GODDE

Ancienne Maison MARCHAL et BILLARD

LIBRAIRE DE LA COUR DE CASSATION

SOCIÉTÉ ANONYME AU CAPITAL DE : 1.400.000 FRANCS

25-27, Place Dauphine, PARIS (1^{er})

Reg. com. Seine, 224.687

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

Transformation des Sociétés existantes
en
Sociétés à responsabilité limitée
de la Loi du 7 mars 1925

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Jeudi 19 mai 1927, à 2 heures

PAR

François MOURLAQUE

Président : M. LÉVY-ULLMANN, professeur.

Suffragants : { MM. PERCEROU, professeur.
 HÉMARD, professeur.



LIBRAIRIE DES JURIS-CLASSEURS - ÉDITIONS GODDE

Ancienne Maison MARCHAL et BILLARD

LIBRAIRE DE LA COUR DE CASSATION

SOCIÉTÉ ANONYME AU CAPITAL DE : 1.400.000 FRANCS

25-27, Place Dauphine, PARIS (1^{er})

Reg. com. Seine, 224.687

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



Transformation des Sociétés existantes
en
Sociétés à responsabilité limitée

De la Loi du 7 mars 1925

INTRODUCTION

La loi du 7 mars 1925 a rendu légales en France des sociétés d'un type nouveau, auxquelles elle a donné le nom de sociétés à responsabilité limitée. On peut définir ces sociétés : des sociétés de personnes, dont, comme dans la société anonyme, tous les membres sont à responsabilité limitée.

Ce faisant, cette loi a comblé une immense et étrange lacune de notre législation sur les sociétés ; et c'est ce point précis, qu'avant d'entrer dans le cœur de notre sujet nous voudrions mettre en lumière. Plus que tout autre développement il fera comprendre les raisons, le caractère et l'ampleur du mouvement de transformation des sociétés existantes en sociétés à responsabilité limitée, mouvement provoqué par la promulgation de la loi nouvelle.

On ne peut regarder notre législation sur les sociétés sans constater que pendant plus d'un siècle elle a pré-

senté un grave défaut d'harmonie qui n'a disparu qu'en 1925, grâce à la création des sociétés à responsabilité limitée.

En effet, si l'on fait abstraction des sociétés civiles et des sociétés en participation, que leurs règles très spéciales et leur caractère particulier mettent un peu en dehors de ce que nous appelons le droit commun des sociétés, la classification légale française des sociétés commerciales repose sur la combinaison des deux caractères suivants : 1^o présence ou absence d'*intuitu personae* dans le contrat qui lie entre eux les associés ; 2^o responsabilité des associés tantôt indéfinie, tantôt limitée pour quelques associés, tantôt limitée pour tous les associés.

Par conséquent, le mélange de ces différents éléments devrait permettre de réaliser six combinaisons, qui devraient correspondre chacune à un type légal de sociétés.

Or si depuis 1925 il existe bien six formes légales de sociétés, auparavant nous n'en trouvions que cinq : trois parmi les sociétés de capitaux, mais deux seulement parmi les sociétés de personnes.

Parmi les sociétés de *capitaux* nous trouvions et trouvons encore :

1^o Les sociétés dans lesquelles tous les membres sont à responsabilité limitée, ce sont les sociétés anonymes.

2^o Les sociétés dans lesquelles quelques membres seulement sont à responsabilité limitée, ce sont les commandites par actions.

3^o Les sociétés dans lesquelles tous les membres sont

responsables indéfiniment ; ce type de société n'a pas de nom parce qu'en fait il n'existe pas, les deux idées de responsabilité illimitée et de négociabilité des parts étant pratiquement inconciliables ; mais cette combinaison n'en est pas moins théoriquement concevable, et elle est parfaitement légale puisqu'aucun texte et aucun principe ne s'opposent à ce qu'une société anonyme ne stipule dans ses statuts que tous les associés seront responsables indéfiniment.

Parmi les sociétés de *personnes* nous ne trouvons avant 1925 que :

1^o Les sociétés dans lesquelles tous les associés sont responsables indéfiniment, c'est-à-dire les sociétés en nom collectif.

2^o Les sociétés dans lesquelles quelques associés seulement sont à responsabilité limitée, c'est-à-dire les commandites simples.

Et il était impossible en droit français de constituer une société de personnes dont tous les membres auraient été à responsabilité limitée. C'est à cette insuffisance qu'a remédié la loi du 7 mars 1925.

Ce défaut n'était pas seulement regrettable pour le bon équilibre de notre législation, il avait aussi de graves inconvénients pratiques. Car il existe des situations nombreuses et intéressantes aux besoins desquelles seule la constitution d'une société à responsabilité limitée peut donner complète satisfaction.

Ces situations se présentent quand les deux conditions suivantes se trouvent réunies :

1^o Les fondateurs ont dans leur patrimoine tous les

éléments nécessaires à la constitution de la société projetée. Ils ne font donc pas appel à des capitaux étrangers et par conséquent seraient fort aise de ne pas s'encombrer du mécanisme administratif lourd et rebutant des sociétés par actions, mais dont la présence est obligatoire chez les sociétés de capitaux.

2° Tous les associés désirent limiter leur responsabilité, soit qu'ils veuillent ne pas courir les risques de l'affaire, soit que leur profession (officiers ministériels, fonctionnaires, avocats) leur interdise de se livrer à l'exercice d'un commerce.

Or, avant 1925, lorsqu'on se trouvait dans une telle situation, il fallait se contenter d'un pis aller, et voici les différents procédés qu'on employait pour tendre vers un but que seule la constitution d'une société de personnes à responsabilité limitée aurait permis d'atteindre.

A. — Les opérations à accomplir étaient-elles civiles par leur nature, il suffisait de constituer une société civile.

Ce moyen avait l'inconvénient de ne pas limiter la responsabilité des associés. Mais il faut reconnaître qu'il donnait toute satisfaction, qu'il était même et est encore supérieur à la création d'une société à responsabilité limitée, lorsque, l'exploitation sociale ne présentant aucun risque (exemple : société ayant pour objet la gestion d'un immeuble), la limitation de responsabilité ne sert en quelque sorte à rien.

B. — Si au contraire les opérations qu'on se propo-

sait d'effectuer obligeaient à constituer une société commerciale, on pouvait choisir :

1^o La forme anonyme. Ce procédé était nécessairement adopté si aucun associé ne consentait à encourir une responsabilité indéfinie. Mais il offrait le gros ennui de mettre la société sous le coup des gênantes prescriptions de la loi du 24 juillet 1867.

2^o La constitution d'une commandite simple recueillait les préférences, si l'on voulait avant tout se soustraire aux formalités imposées aux sociétés par actions. Mais, outre qu'elle forçait au moins un associé à encourir une responsabilité indéfinie, cette façon d'agir condamnait les commanditaires à avoir un rôle effacé en vertu de la règle de la défense d'immixtion des commanditaires.

3^o Enfin si la préoccupation de limiter sa responsabilité n'était que secondaire, le mieux évidemment était de constituer une société en nom collectif.

Ainsi, toutes les sociétés civiles, anonymes, en commandite simple et en nom collectif qui ont été créées dans les conditions que nous venons d'indiquer, souffrent de n'avoir pu revêtir la forme à responsabilité limitée. Et puisque depuis 1925 rien ne les empêche plus de contenter leurs aspirations en se transformant en société à responsabilité limitée, nul doute qu'elles n'agissent de la sorte (1).

1. Cette idée, le rapporteur au Sénat de la loi du 7 mars 1925, M. Chapsal lui-même, l'exprimait ainsi dans son rapport : « Il est probable que ces transformations seront nombreuses à la suite de la promulgation de la loi, de la part du tous ceux qui, en l'ab-

Ce mouvement de transformation des sociétés existantes en société à responsabilité limitée, sera non seulement très important pour la raison que nous venons d'exposer, mais il dépassera même le cadre que nous avons indiqué parce que les sociétés du type nouveau jouissent d'un statut fiscal exceptionnellement favorable.

On peut dire qu'il n'existe pas une seule forme de société par rapport à laquelle le type à responsabilité limitée ne soit pas privilégié.

A. — Par rapport aux sociétés anonymes, voici les avantages fiscaux dont bénéficient les sociétés à responsabilité limitée :

1^o Exemption de l'impôt proportionnel de timbre, impôt qui reste assez lourd qu'on le paie au comptant ou sous forme d'abonnement. Les parts des sociétés à responsabilité limitée ne sont en effet pas représentées par des titres négociables. Il ne peut donc être question que du timbre de dimension, et seulement si la société délivre un certificat ou extrait.

2^o L'impôt de 18 % sur le revenu des valeurs mobilières ne s'applique pas aux « dividendes, intérêts, arrérages et autres produits revenant aux gérants des sociétés à responsabilité limitée » (art. 42 de la loi du 7 mars 1925). Et remarquons bien que cet impôt non seulement est supprimé, mais n'est remplacé par aucun autre.

sence d'un type de société appropriée à leurs besoins, ont dû se contenter des formes admises par les lois actuellement en vigueur. »

B. — Par rapport aux sociétés de personnes les sociétés à responsabilité limitée ne sont pas moins favorisées :

1^o Application de la patente à la société elle-même et non à chacun des associés, parce que ceux-ci ne sont pas commerçants. Par conséquent la patente sera calculée sur la valeur locative des locaux commerciaux seuls, à l'exclusion des habitations personnelles des associés.

2^o La part revenant à un associé à responsabilité limitée dans les bénéfices mis en réserves, n'est pas comprise dans ses revenus et n'est pas imposable comme telle à l'impôt général sur le revenu. Or la règle contraire quoique très dure s'applique aux associés en nom.

3^o En ce qui concerne l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux, il est vrai qu'il est établi au nom de la société, ce qui a l'inconvénient d'exclure les déductions pour charges de famille dont bénéficient les associés en nom (déductions qui sont d'ailleurs un leurre à cause de la limitation ridicule du maximum déductible : 360 francs par enfant),

Mais par contre, les appointements fixes alloués aux gérants des sociétés à responsabilité limitée, au lieu d'être soumis à l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux, sont déduits de cet impôt (c'est-à-dire sont compris dans les frais généraux) et sont seulement soumis à l'impôt sur les traitements et salaires qui est beaucoup moins élevé.

Telles sont les raisons qui font que les transforma-

tions des sociétés existantes en sociétés à responsabilité limitée sont nombreuses et continueront à l'être pendant longtemps.

Nous diviserons notre étude sur ces transformations en deux parties :

1° La transformation entraîne-t-elle création d'un être moral nouveau ?

2° Règles qui gouvernent la transformation des sociétés existantes en sociétés à responsabilité limitée.

Au premier abord, il semble peu naturel de consacrer toute une partie à la seule question de savoir si la transformation crée un être moral nouveau. Cela n'étonnera cependant plus, quand on se sera aperçu que le point de vue adopté vis-à-vis d'elle commande toutes les solutions de notre deuxième partie.

PREMIÈRE PARTIE

LA TRANSFORMATION ENTRAINE-T-ELLE DISSOLUTION DE LA SOCIÉTÉ ET CRÉATION D'UN ÊTRE MORAL NOUVEAU ?

Cette question présente un gros intérêt aussi bien pratique que théorique. Mieux que de longs développements, les deux exemples suivants vont nous en faire comprendre l'importance et la portée.

Premier exemple : toutes les constitutions de sociétés sont soumises à un droit d'enregistrement gradué qui atteint aujourd'hui le chiffre considérable de 3 %.

Si la transformation laisse subsister l'ancienne société, il n'est pas question de payer ce droit proportionnel et c'est un simple droit fixe de 15 francs qui sera dû.

Si au contraire le changement de forme entraîne dissolution de l'ancienne société et constitution d'une société nouvelle, le droit d'apport perçu à l'occasion de toutes les constitutions de sociétés sera dû, et la transformation entraînera des frais considérables capables d'absorber les bénéfices d'une ou plusieurs années.

Deuxième exemple : les hypothèques générales dont sont grevées les immeubles des associés ne s'étendent pas aux immeubles de la société, et cette situation subsiste si la transformation n'anéantit pas la personnalité de la société.

Mais s'il en est autrement, pendant l'instant de raison qui se sera écoulé entre la dissolution de l'ancienne société et la création de la nouvelle, les immeubles sociaux seront devenus indivis et ne seront apportés à la nouvelle société que grevés des hypothèques générales des associés.

Quand la transformation d'une société quelconque en société à responsabilité limitée entraîne-t-elle donc constitution d'une société nouvelle ?

Pour répondre, il faudrait connaître le principe qui régit cette matière, mais où le trouver ? Les textes légaux ne nous donnent aucune indication ; si l'on étudie la jurisprudence on n'y découvre aucune unité, les arrêts semblent même se contredire et les bases dont ils se servent n'apparaissent pas ; quant à la doctrine elle offre un tableau à peu près semblable, on n'y voit pas deux auteurs entièrement d'accord, c'est à peine si quelques-uns s'entendent pour affirmer que lorsqu'une clause des statuts prévoit la transformation, celle-ci n'entraîne pas création de société nouvelle.

Nous allons donc essayer de trouver un critérium qui satisfasse la logique juridique et dont les résultats se rapprochent autant que possible des solutions de la jurisprudence.

Mais auparavant nous exposerons les différents systèmes qu'ont successivement proposés M. Wahl en 1910, M. Lacour en 1913, et M. Auger tout récemment. A propos de chacun nous indiquerons dans quelle mesure ils sont d'accord avec la jurisprudence, et nous dirons en quoi nous les trouvons imparfaits.

CHAPITRE PREMIER

Etudes des théories relatives à cette matière

SECTION I

THÉORIE DE M. WAHL.

Dans les trois numéros de mars, avril et mai 1910 du *Journal des Sociétés*, M. Wahl a fait paraître une étude intitulée : « De la transformation des sociétés ». Six points sont successivement envisagés :

1° La transformation fait-elle disparaître la personne morale pour en constituer une autre ?

2° Consentements nécessaires pour opérer la transformation.

3° Formalités qui doivent accompagner la transformation.

4° Publicité.

5° Sort du passif de la société qui s'est transformée.

6° Règles du droit fiscal applicables à la matière.

Nous analyserons seulement le premier point qui seul nous intéresse, d'ailleurs M. Wahl reconnaît lui-même qu'il est le « point fondamental » de son travail. En effet, du caractère juridique que l'on attribuera à

la transformation dépendront en grande partie les solutions qui seront données aux cinq autres questions, et c'est à propos d'elles qu'il y a intérêt à résoudre le problème qui fait l'objet de notre première partie.

§ 1. — *Exposé de cette théorie.*

A. *Principe.* — M. Wahl commence par dire qu'« en principe la transformation d'une société en société d'un autre type emporte dissolution de la société qui se transforme et *création d'une société nouvelle* ».

Il signale qu'il existe cependant un arrêt de la Cour de Besançon du 15 juin 1869 (D.70.2.13) qui est en sens contraire. En effet, cet arrêt affirme de la façon la plus catégorique que la transformation n'emporte pas création de société nouvelle, et il contient à cet égard des formules parfaitement nettes.

Si cet arrêt en ce sens est frappant, il n'est pas le seul; il y a beaucoup d'autres décisions qui contiennent des formules aussi probantes, ainsi : Un arrêt de la Cour de Paris du 8 avril 1864 (R. P. E., n° 1928) nous dit : « Attendu que ce changement de forme ne peut équivaloir à une dissolution ni à une liquidation. »

Un jugement du tribunal de Laon du 27 mars 1884 (Gaz. Pal., 1884.2.104) à propos de la transformation d'une société en commandite par actions en société anonyme affirme qu'il n'y a pas de principe, que c'est une question de fait : « Attendu que quand une société change de nom, la question de savoir quelle est la nature de ce changement est une question de fait qui

doit être laissée à l'appréciation des tribunaux ; qu'il faut rechercher quelles ont été les modifications apportées à la société primitive, si ces modifications sont essentielles ou tiennent seulement à la forme. »

Un jugement du tribunal de Péronne du 20 août 1884 : « Que la société Vion est toujours restée la même et n'a jamais cessé d'exister. »

Un arrêt de la Cour d'Amiens maintenu en Cassation le 16 août 1885 (*Rev. Soc.*, 86, 216) : « Qu'il est inexact de prétendre que la transformation dont s'agit équivalait à la création d'une société nouvelle. »

Un jugement du tribunal de Laon du 1^{er} avril 1912 (*J. Soc.*, 1913, 283) : « Attendu qu'il est de jurisprudence que le changement de forme... n'entraîne pas fatalement à lui seul création d'un être moral nouveau. »

M. Wahl *justifie* son principe de la façon suivante : « La loi, dit-il, établit en effet divers types de sociétés qui se distinguent les unes des autres et qui ont chacune la personnalité morale. Donc une société qui abandonne sa forme primitive pour en prendre une autre rentre dans une catégorie légale différente et se dépouille de la personnalité attachée à une forme différente. On objecte donc à tort qu'une société qui conserve son objet ne fait que changer d'enveloppe ; c'est à cette enveloppe précisément qu'est attachée la personnalité... »

B. *Application.* — M. Wahl fait l'application de son principe : « Ainsi il se forme une société nouvelle si c'est une *société de personnes* qui se transforme *en* une autre

société de personnes. » A l'appui de cette solution M. Wahl ne donne qu'une décision, un arrêt de Cassation (Cass. civ., 25 mars 1901. S.1903.1.241) qu'il interprète par un raisonnement *a fortiori* que nous n'approuvons pas du tout ; parce qu'une transformation complète du capital et du personnel entraîne création d'une société nouvelle, M. Wahl estime qu'à plus forte raison le changement de forme entraîne le même résultat ; pour que ce fut vrai, il faudrait démontrer que le changement de forme est plus grave que la modification sus énoncée et ce n'est pas du tout notre avis.

De plus M. Wahl cite lui-même deux décisions contraires à son opinion : un jugement du tribunal de la Seine du 1^{er} juillet 1899 (*J. Soc.*, 1900.83), et un jugement du tribunal de Hanoï du 31 décembre 1905 (*Rev. Enreg.*, 1907.208). Et ces décisions ne sont pas les seules, il faudrait y ajouter : un jugement du tribunal de Remiremont du 25 janvier 1900 (*J. Soc.*, 1900.483), et un jugement du tribunal de Reims du 14 mars 1905 (*Rép. pér.*, n° 11015) qui est très net (1).

« De même, une société nouvelle se constitue par la transformation d'une *société de capitaux* en une *société de capitaux* d'espèce différente. »

M. Wahl invoque en sa faveur les décisions suivantes :

Cass. req., 12 mars 1888 (sol. implic.).S.89.1.304 ;

1. Il serait peut être préférable de ne pas faire état de ce jugement parce que les statuts de la société qu'il concerne prévoyaient la transformation. Mais comme cette clause est peu précise nous le mentionnons quand même.

Paris, 16 août 1879. *J. Soc.*, 1880.118 ;

Lyon, 6 février 1868. S.68.2.165 ;

Trib. Seine, 10 avril 1869. *Rép. pér. Enreg.*, n° 3144 ;

Trib. Bordeaux, 7 mai 1873. *Rép. pér. Enreg.*, n° 3892 ;

Nous faisons remarquer que ces arrêts ne sont pas tous également significatifs : si on les examine de près on s'aperçoit que l'arrêt de cassation du 12 mars 1888 n'a pas le sens qui lui est attribué ; il maintient un arrêt de la Cour d'Amiens ainsi motivé : « Attendu qu'il est inexact de prétendre que la transformation dont s'agit équivalait à la création d'une société nouvelle » ; quant à l'attendu invoqué par M. Wahl, il aura perdu bien de sa valeur quand nous aurons dit que ce n'est pas sur lui que s'appuie l'arrêt et qu'il ne prononce même pas le mot société nouvelle.

L'arrêt de la Cour de Paris du 16 août 1879 ne justifie pas sa solution en affirmant que la transformation a créé une société nouvelle, mais dit tout simplement qu'une société anonyme doit donner des garanties aux tiers.

Enfin le jugement du tribunal de Bordeaux du 7 mai 1873 ne peut être sérieusement invoqué, parce que la transformation y est accompagnée d'autres modifications nombreuses et importantes ; nous estimons en effet que pour pouvoir s'en servir il faudrait d'abord démontrer que les autres modifications n'entraînent pas à elles seules, et indépendamment de toute transformation, création de société nouvelle (1).

1. Cette idée est pour l'étude de la jurisprudence sur la transformation d'une importance capitale. En effet, les auteurs citent constamment des décisions dans lesquelles la transformation est

De plus, M. Wahl indique en sens contraire plusieurs décisions :

Besançon, 14 juin 1869. S.70.2.105 ;

Amiens, 6 août 1885. *Rev. Soc.*, 86.216 ;

Laon, 27 mars 1884. *Gaz. Pal.*, 84.2.104 ;

Rennes, 26 mai 1884. *Rép. pér. Enreg.*, n° 6522.

« A plus forte raison la substitution d'une *société de capitaux* à une *société de personnes* ou *récioproquement* fait-elle naître une société nouvelle. »

« Il en est ainsi si une société en commandite simple se substitue à une société anonyme ou réciproquement. »

M. Wahl s'appuie sur les décisions suivantes :

Cass. civ., 11 avril 1905. S.1906.1.361 ;

Trib. Seine, 25 mai 1898, *J. Soc.*, 1898.509 ;

Trib. Bar-sur-Aube, 5 juin 1896, *J. Soc.*, 1897.313.

L'arrêt de la Chambre civile du 11 avril 1905 qui semble un des piliers de la thèse de M. Wahl perd beaucoup de sa valeur lorsqu'on examine les circonstances de la cause ; à ce point de vue les termes de l'arrêt contre lequel les parties se sont pourvues en cassation sont singulièrement significatifs : « Attendu qu'en dehors des changements généraux d'organisation inhérente à la nature même de chacune des deux formes

accompagnée d'autres modifications très importantes comme par exemple le changement complet d'objet ou de personnel. Nous considérons qu'on ne doit pas faire état de cette jurisprudence et qu'il faut se limiter aux cas où la transformation est la seule modification qui soit apportée à la société et n'est accompagnée d'aucun autre changement qui tout au moins ne soit pas la conséquence directe de l'adoption d'un type différent. Ou alors il faudrait commencer par prouver que le changement d'objet par exemple n'entraîne pas à lui seul création de société nouvelle.

sociales, la conversion a été, au cas actuel, accompagnée de circonstances qui en déterminent le caractère et les effets ; que dans l'assemblée du 4 mai, Henri Say expose que, propriétaire de la majorité des actions il est le maître d'imposer sa volonté à ses co-associés ; que s'il veut bien ne pas provoquer une dissolution et racheter l'usine pour son compte personnel, s'il consent à les conserver comme commanditaires, c'est à titre de pure bienveillance ; que les nouveaux statuts développent les conséquences logiques de cette attitude, en attribuant à Henri Say une prépondérance exceptionnelle dans la société ; ...qu'il n'est organisé aucun contrôle de sa gestion ; ...de sorte qu'après le paiement de 6 % d'intérêts affectés aux actions la fixation du dividende dépend en réalité de sa seule volonté ; qu'aux termes de l'article 10, aucun commanditaire ne peut céder sa part sociale... ; qu'enfin dans l'article 13 Henri Say se réserve, à l'expiration de la société, la faculté de conserver la propriété de l'actif social... ; — attendu que dans ces conditions, il est impossible de donner aux conventions intervenues le caractère d'un simple changement de forme de l'ancienne société anonyme ; que ces conventions portant atteinte aux bases mêmes du pacte social primitif, constituent incontestablement une novation stipulée et acceptée par tous les contractants, et impliquant la création d'un nouvel être moral distinct du premier. » En somme, Henri Say voulait la dissolution de la société et la transformation intervenue est beaucoup moins un changement de forme de l'ancienne société que la création d'une com-

binaison juridique nouvelle ou Henri Say est le maître aussi absolu que le patron d'une entreprise particulière et qui n'a de société que le nom puisque les autres intéressés n'ont guère plus de pouvoir que de simples prêteurs. Dès lors il était impossible de ne pas reconnaître à l'Administration de l'enregistrement, qui doit se préoccuper beaucoup moins des apparences que de la réalité juridique des actes intervenus, le droit de percevoir le droit d'apport. Et l'arrêt de la Chambre civile contient un attendu qui montre bien que, lui aussi, il ne s'est pas contenté d'examiner le cas envisagé dans sa simplicité théorique : « Attendu que les associés restants, après avoir dissout ladite société, ont apporté à la société nouvelle par eux constituée tous les biens meubles et immeubles qu'ils ont déclaré aux termes de l'article 3 des nouveaux statuts leur appartenir indivisément dans la proportion des actions par eux possédées. » Si donc les associés déclaraient que c'étaient eux et non l'ancienne société qui faisaient apport des biens formant le capital social, c'est forcément parce qu'ils étaient devenus propriétaires indivis des biens de l'ancienne société à la suite de la dissolution de celle-ci. Dès lors comment la Cour de cassation pouvait-elle dire qu'il n'y avait pas création d'une société nouvelle. D'ailleurs si elle semble formuler un principe : « Attendu que, non prévue ni autorisée par les statuts, cette substitution de la forme en commandite à la forme anonyme a eu pour conséquence la création d'un être moral nouveau », ce principe, la Cour de cassation elle-même le déduit moins du simple

changement de forme envisagé *in abstracto* que de certaines circonstances de fait et notamment de ce que de « nouveaux statuts ont été établis. »

Quant au jugement du tribunal de la Seine du 25 mai 1898, c'est celui qui a été maintenu par l'arrêt de cassation que nous venons d'examiner.

Par contre le jugement du tribunal de Bar-sur-Aube du 5 juin 1896 est pleinement d'accord avec l'opinion de M. Wahl.

Comme décision en sens contraire nous trouvons :

Trib. Seine, 8 avril 1864. *Rép. pér.*, n° 1928.

« Si une société anonyme se substitue à une société en nom collectif ou réciproquement. »

M. Wahl cite comme décisions en sa faveur :

Cass. civ., 4 février 1901. S.1903.1.49 ;

Trib. Seine, 4 décembre 1891. *Rev. Soc.*, 1892, 415.

L'appui fourni par l'arrêt de cassation du 4 février 1901 nous semble faible ; de l'avis de M. Wahl lui-même, dans la note qu'il a consacrée à cet arrêt, « la société ancienne n'était pas une véritable société » mais, puisque ses bénéfices n'étaient pas distribuables, une association sans but lucratif qui, en 1881 (année de sa transformation) n'avait certainement pas la personnalité morale ; il n'est donc pas étonnant qu'il y ait création d'une personne morale nouvelle.

Quant au jugement du tribunal de la Seine du 4 décembre 1891, son importance semblera bien mince quand nous en aurons reproduit le passage suivant : « Sans qu'il y ait à rechercher dans la cause, si les diffé-

rences entre la société en nom collectif et la société anonyme ne sont pas telles qu'une modification juridique aussi profonde n'a pas pour conséquence nécessaire la dissolution de l'ancienne société, la constitution d'une société nouvelle résulte en l'espèce d'une façon certaine des différentes clauses des statuts de 1886 ; qu'en effet, le siège social est changé, le capital réduit, et surtout l'objet est non seulement considérablement étendu, mais d'une nature tout autre. »

De plus, nous trouvons en sens contraire un jugement du tribunal de Laon du 1^{er} avril 1912 (*J. Soc.*, 1913, 283) qui dit notamment : « Attendu qu'il est de jurisprudence que le changement de forme... n'entraîne pas fatalement à lui seul la création d'un être moral nouveau. »

« Ou même si une société en commandite par actions se substitue à une société en commandite simple ou réciproquement. »

Ici M. Wahl écrit la note suivante : « On ne sait pourquoi, sur ce dernier point, la solution contraire a toujours été donnée. Cass. civ., 9 août 1865, S.65.1.324, D.65.1.311 (la question il est vrai n'était pas agitée) ; Trib. Seine, 8 avril 1864. *Rép.pér. de l'Enreg.*, n° 1928 ; Trib. Péronne, 20 août 1884 sous Cass., 10 avril 1887.S.89.1.33. »

Puis M. Wahl continue d'appliquer son principe en affirmant qu'une *société civile* qui se transforme en *société à forme commerciale* devient une société nouvelle.

M. Wahl énumère plusieurs décisions en ce sens :

Cass. civ., 15 février 1888. S.90.1.35 ;

Douai, 11 août 1887. *Rev. Soc.*, 1888.45 ;

Amiens, 29 juin 1895. *J. Soc.*, 1896.176 ;

Trib. Beauvais, 25 avril 1884. *Rép. pér. Enreg.*,
n° 7039 ;

Trib. Saint-Omer, 5 mars 1897. *J. Enreg.*, n° 26083.

L'arrêt de la Chambre civile du 15 février 1888 ne doit pas entrer en ligne de compte parce que la question qui nous préoccupe a été posée par le troisième moyen du pourvoi que la Cour de cassation a déclaré irrecevable comme n'ayant pas été présenté auparavant, il soumettait à la Cour de cassation une nouvelle appréciation des faits.

M. Wahl indique en sens contraire : Trib. Lyon, 2 février 1892, *Rép. pér. Enreg.*, n° 7987 dont nous reproduisons ce passage : « Que transformer ou convertir une société n'est autre chose qu'apporter à cette société un changement qui porte sur la forme et non sur le fond, de telle sorte que la conversion doit être assimilée à une simple modification statutaire, pourvu cependant qu'elle ne soit point opérée avec des éléments nouveaux soit quant aux personnes, soit quant aux choses... »

C. *Exceptions au principe.* — Puis après quelques autres observations sans importance, M. Wahl examine les exceptions au principe qu'il vient de poser et dit « qu'il existe cependant des hypothèses où la transformation ne donne pas lieu à une société nouvelle ».

Ces hypothèses peuvent être groupées en trois catégories :

1^o Pas de constitution de société nouvelle quand la loi a prévu la transformation.

Telle celle d'une société à responsabilité limitée ou anonyme autorisée en société anonyme libre conformément aux articles 46 et 47 de la loi du 24 juillet 1867 ; telle encore la transformation d'une société civile antérieure à la loi du 1^{er} août 1893 en société à forme commerciale conformément à l'article 7 de cette loi.

M. Wahl justifie cette opinion en disant que puisque la loi permet à ces transformations de s'effectuer dans la forme des modifications aux statuts cela prouve que la société garde sa personnalité.

Cette justification ne nous satisfait pas. Nous croyons que ces textes visent bien plutôt une question de consentement ; en effet, qu'une telle transformation constitue une société nouvelle, malgré les inconvénients de ce résultat, cela a tout lieu de laisser le législateur indifférent. Mais que cette transformation ne puisse s'accomplir parce que une clause des statuts n'aura pas pu la prévoir ce serait très regrettable ; et comme les avantages offerts par une loi nouvelle sur les sociétés doivent équitablement être à la portée des sociétés à constituer aussi bien qu'à celle des sociétés existantes, il est tout naturel que le législateur ait fait en sorte qu'il en soit ainsi.

M. Wahl s'appuie sur un arrêt de la Chambre des requêtes du 24 janvier 1893 (S.93.1.266) ; mais c'est peut-être faire dire à cet arrêt plus qu'il ne contient : il n'affirme pas qu'il n'y a pas constitution de société nouvelle parce que la loi de 1867 le veut ainsi, mais

« qu'en effet la transformation de société anonyme autorisée en société anonyme libre dans les termes de la loi du 24 juillet 1867, expressément prévue et autorisée par l'article 46 de ladite loi, n'a eu pour but que de permettre à la société, qui existait et qui allait continuer à exister, de jouir des avantages de la nouvelle loi » ;

2^o Pas de constitution de société nouvelle quand la transformation s'est effectuée dans un *but de fraude* vis-à-vis des créanciers, ou dans celui d'éviter aux associés certaines éventualités fâcheuses.

3^o Pas de constitution de société nouvelle si la transformation a été *prévue par les statuts*.

M. Wahl se rallie à cette opinion après en avoir contesté l'exactitude. Il agit ainsi influencé par la jurisprudence qui semblait lui donner tort. Mais il ne peut s'empêcher de reproduire les raisons de son ancienne conviction, raisons qui nous semblent trop justes pour ne pas les citer : « Le système généralement admis repose sur l'idée qu'une transformation prévue ne porte pas atteinte aux bases essentielles du contrat social ; elle transporte sur un terrain où elle n'a que faire la théorie adoptée par la jurisprudence sur les pouvoirs des assemblées extraordinaires dans les sociétés anonymes. Cette théorie repose sur la volonté des associés, laquelle règle souverainement la mesure dans laquelle la majorité peut enlever ses droits à la minorité. Elle ne peut être utilisée lorsqu'il s'agit de savoir si une société qui se transforme devient une société nouvelle ; car c'est la loi qui, par des textes d'ordre public, distingue les sociétés suivant leurs

formes et attache à chaque espèce de forme des effets particuliers. »

Puis M. Wahl indique les différentes applications jurisprudentielles de cette exception :

α) Transformation d'une société en commandite simple en société anonyme en société en nom collectif ou réciproquement.

En ce sens M. Wahl indique les décisions suivantes :

Trib. Reims, 14 mars 1905. *J. Soc.*, 1906.231 ;

Trib. Hanoï, 31 décembre 1905. *J. Soc.*, 1907.525 ;

Trib. Seine, 1^{er} juillet 1899. *J. Soc.*, 1900.83 ;

β) Transformation d'une société en commandite simple en société anonyme ou en commandite par actions ou réciproquement.

En ce sens M. Wahl indique les décisions suivantes :

Trib. Bar-sur-Aube, 5 juin 1896. *J. Soc.*, 1897.313 ;

Cass. civ., 11 avril 1905 (sol. impl.). S.91.1.183.

Nous faisons remarquer que l'indication du jugement de Bar-sur-Aube doit être le résultat d'une erreur, car, non seulement les statuts de la société en question ne semblent pas prévoir la transformation, mais encore la décision se prononce pour la formation d'une société nouvelle.

γ) Transformation d'une société en commandite par actions en société anonyme.

En ce sens M. Wahl indique :

Trib. Lyon, 2 février 1892. *Rép. pér. Enreg.*, n° 7987.

Puis M. Wahl termine par la remarque suivante : « bien que la transformation s'opère dans des conditions qui en elles-mêmes ne mettraient pas fin à l'être moral,

la société doit être considérée comme nouvelle si la volonté des associés se manifeste en ce sens, car ils ont évidemment le droit de dissoudre la société avant le terme fixé et d'en créer une nouvelle ».

§ 2. — Critique de cette théorie.

La théorie de M. Whal sur le caractère juridique de la transformation est simple et claire :

1^o Un principe net et très absolu : la transformation entraîne création d'une société nouvelle.

2^o Quelques exceptions qui en somme ne sont pas très importantes.

D'une façon générale on peut dire qu'elle ne trouve guère d'appui dans la jurisprudence dont les décisions sont à égalité tantôt conformes, tantôt contraires.

Au point de vue *doctrinal* nous ne la croyons pas plus exacte.

Il nous semble qu'il est impossible de dire comme le fait M. Wahl, qu'à chaque forme la loi attache une personnalité distincte, et qu'il y a autant de personnalités morales différentes qu'il y a de types de sociétés.

Voici les deux raisons sur lesquelles se fondent notre opinion :

1^o La personnalité morale est une ; c'est un attribut qu'on a ou qu'on n'a pas, comme on est sujet de droit ou on ne l'est pas.

Or, il est évident qu'un attribut ne peut, comme l'organisme qu'il sert à individualiser, avoir par lui-même d'individualité.

2^o La personnalité juridique étant le fait d'avoir la jouissance de certains droits qui peuvent être plus ou moins nombreux se trouve pouvoir être plus ou moins étendue. Et c'est dans ce sens qu'on peut parler de personnalités morales différentes (« grande » et « petite » personnalité des associations).

Mais nous allons démontrer que, même à cet égard, il est impossible de prétendre que le changement de forme ait pour résultat de donner à la société transformée une personnalité juridique différente, parce que les sociétés, quelle que soit leur forme, jouissent toutes des mêmes droits et ont donc la même personnalité.

Pour qu'il en fut autrement, il faudrait que la loi ait à l'égard de certaines formes de société, une préférence du genre de celle que par exemple elle manifeste à propos des associations à l'égard de celles qui sont reconnues d'utilité publique. Or il n'en est rien, et nous allons voir que le groupement des sociétés en formes différentes repose sur une tout autre considération.

Si la loi a défini certains types de sociétés commerciales, ce n'est pas pour favoriser les sociétés qui y répondent en leur octroyant la personnalité juridique, c'est nous le croyons pour d'autres raisons qui notamment ont une importance spéciale en matière commerciale.

On pourrait dire que si le Code de commerce a ainsi compartimenté cette matière, c'est tout simplement pour la réglementer plus facilement. Ce faisant, il aurait procédé à propos du contrat de société, comme le Code civil qui à propos du contrat de mariage,

étudie successivement plusieurs régimes matrimoniaux.

Cette raison a sa valeur en ce sens qu'elle expliquerait pourquoi la loi parle de plusieurs formes, mais elle n'est pas suffisante parce qu'elle ne dit pas pourquoi la loi a attaché tant d'importance à la forme et pourquoi notamment une société qui serait d'un type extra-légal serait nulle.

Aussi nous croyons plutôt que si le droit commercial a groupé les sociétés en quelques types peu nombreux, c'est parce qu'il a vu là un moyen d'établir une publicité facile et efficace des statuts, publicité qui favorisera le développement du crédit et la rapidité des transactions.

Un contrat de société comprend de nombreuses dispositions dangereuses pour les tiers, notamment celles qui concernent la limitation de responsabilité des associés. Ces clauses ne devraient pas être opposables aux tiers, qui ne les ont pas connues, et cependant pour qu'ils soient réputés les connaître, le droit commun exigerait que la société reproduise ses statuts à l'occasion de chaque contrat, et que les tiers avec lesquels elle est en rapport lisent entièrement un acte de société parfois très long. Laisser subsister de telles obligations c'était gêner considérablement le commerce ; les supprimer purement et simplement c'était réunir le crédit.

Pour remédier à cette situation, le droit commercial a groupé les contrats de société en quatre grands types (5 depuis 1925), ce qui a permis d'établir un système de publicité facile et efficace qui permet à tous ceux qui en ont besoin de connaître rapidement les clauses du

contrat de société qui les intéressent. En effet, « à chacun de ces modèles la loi donne un nom, une étiquette : société en nom collectif, société en commandite simple, société en commandite par actions, société anonyme. Et ce nom a par lui seul la vertu d'instruire instantanément le public, non sans doute du chiffre des garanties fournies, mais de leur nature ainsi que la mesure suivant laquelle les associés engagent leur responsabilité » (Thaller, *Tr. él. de dr. com.*, 7^e éd., n° 249).

Avant la loi sur la publicité du contrat de mariage, le droit commercial employait un système semblable pour faire connaître aux tiers le régime matrimonial des commerçants ; au lieu d'obliger à reproduire intégralement le contrat de mariage, il se contentait seulement de faire connaître sous quel régime tel commerçant déterminé était marié. Mais là, à cause du principe de la liberté absolue des conventions matrimoniales, cette publicité ne permettait pas aux tiers de connaître nécessairement toutes les clauses qui les intéressaient : en effet, un commerçant pouvait être marié sous le régime de la communauté et emprunter au régime dotal quelques clauses de nature à nuire gravement à ses créanciers.

Par conséquent, quand une société contracte, il lui suffit d'indiquer dans l'acte le type auquel elle appartient pour qu'immédiatement toutes les clauses de ses statuts qui seraient susceptibles d'enlever un des recours sur lequel les apparences pouvaient permettre de compter soient effectivement connues.

Ceci en dispensant de recourir aux gênants modes de

preuve du droit commun favorise le développement du crédit et la rapidité des transactions ce qui est le but même du droit commercial. En matière de sociétés, ce droit a accompli son œuvre au moyen d'une publicité facile et efficace, publicité basée sur le groupement des contrats de sociétés en cinq types.

Ce n'est donc pas du tout pour attacher à chaque forme une personnalité distincte que le droit commercial a établi cinq formes de société. Il ne le dit d'ailleurs nulle part et malgré la grande autorité de M. Wahl nous nous refusons à l'admettre.

La simple constatation suivante viendra encore renforcer notre argumentation : le droit civil qui, d'une part, laisse à chacun le soin de se renseigner, parce que développer le crédit est pour lui un but secondaire, et qui d'autre part soumet la preuve à des règles compliquées parce qu'il ne se préoccupe pas de favoriser la rapidité des transactions, a réglementé la matière des sociétés sans pour cela leur imposer des formes déterminées.

La loi pour attribuer la personnalité juridique aux sociétés ne se préoccupe pas de leur forme, ce n'est pas à cette enveloppe précisément qu'est attachée la personnalité comme le dit M. Wahl, c'est en réalité surtout à la société elle-même, indépendamment même de son type lorsqu'elle est civile.

SECTION II

THÉORIE DE M. LACOUR.

§ 1. — *Exposé de cette théorie.*

M. Lacour a lui aussi consacré une étude fort intéressante sur cette question. Son travail a paru au *Journal des Sociétés* dans les numéros des mois de mars, avril, et mai de l'année 1913. Il est intitulé : « Dans quels cas les modifications apportées à l'acte constitutif d'une société ont-elles pour effet de dissoudre cette société et de créer une société nouvelle ? »

Cette étude est plus large que celle de M. Wahl, puisque les modifications apportées à l'acte de société comprennent aussi les changements dans le personnel, l'objet, etc... ; néanmoins les modifications apportées à la forme de la société retiennent tout particulièrement son attention.

A. *Considérations générales.* — M. Lacour commence par consacrer une grande partie de son étude à énumérer en détail les très nombreux et très variés intérêts qui s'attachent à la question. Puis il aborde le cœur de son sujet en indiquant quelques *considérations générales* que nous allons résumer brièvement.

« On peut d'abord se demander si cette question ne dépend pas entièrement de l'intention des parties. En ce cas, il ne s'agirait plus que d'une question de fait, que les juges auraient à trancher dans chaque espèce, suivant leur appréciation des circonstances. »

« Assurément, la volonté des parties peut exercer une influence sur la solution. Si tous les associés se mettent d'accord pour anéantir la société qu'ils avaient formée et en constituer une autre ils peuvent le faire... »

« Mais, à l'inverse, de ce que les parties ont voulu que leur société continuât à fonctionner malgré le changement apporté à ses statuts, il serait téméraire de conclure que les choses ont pu se passer ainsi. Le changement dont il s'agit peut être d'une nature telle qu'il implique nécessairement la dissolution de la société existante et la création d'une société nouvelle. »

Quels sont donc les changements qui sont incompatibles avec le maintien de la société existante ?

M. Lacour avant d'exposer son point de vue personnel constate qu' « on a proposé de résoudre la difficulté en s'attachant à une distinction qui est appliquée par la jurisprudence dans le cas où il s'agit de fixer les limites du pouvoir modificateur des statuts qu'on reconnaît généralement aujourd'hui à l'assemblée extraordinaire des actionnaires dans une société anonyme ». « Cette assemblée ne peut toucher aux bases essentielles ou fondamentales de la société, et changer l'une de ces bases essentielles, n'est-ce pas en réalité substituer une autre société à celle qui avait existé jusque-là ? »

A cette doctrine, M. Lacour fait plusieurs objections : Elle ne fait pas beaucoup avancer la question, car il reste à déterminer quelles sont les bases essentielles. De plus, il y a des droits réservés aux actionnaires auxquels certainement l'assemblée extraordinaire ne permet pas de toucher, et qui de toute évidence n'en-

traînent pas création de la société nouvelle (exemple : le droit pour chaque actionnaire de participer aux délibérations des assemblées générales dans les conditions déterminées par les statuts). Enfin, comme dans les sociétés par intérêt aucune modification ne peut être apportée aux statuts sans le consentement individuel de ceux qui doivent la composer, il faudrait en conclure que le plus petit changement aux statuts entraîne nécessairement création d'une société nouvelle.

B. *Principe*. — Alors M. Lacour se met à la recherche d'un critérium qui soit susceptible de s'appliquer indistinctement à toutes les catégories de société, et voici celui qu'il propose :

« Toute société est une personne juridique qui tient son *individualité propre* de la réunion de *certain*s éléments. Lorsqu'on supprime un de ces éléments et qu'on lui substitue un élément différent, l'être moral primitif n'existe plus ; il fait place à une société nouvelle. »

Quels sont les éléments essentiels ? M. Lacour en voit quatre : 1^o l'objet ; 2^o la forme ou le type juridique ; 3^o le personnel ; 4^o la nationalité.

Puis il passe à l'examen des changements concernant chacun de ces éléments en particulier ; ici nous ne suivrons M. Lacour que dans ses développements consacrés aux modifications dans la forme.

Le critérium dont part M. Lacour aboutit exactement au même résultat que celui de M. Wahl : « Ainsi, dit M. Lacour, le changement de forme, supprimant l'un des éléments essentiels à l'existence de la société,

entraîne sa dissolution et donne lieu à la création d'une société entièrement nouvelle. »

La justification de ce principe n'est pas la même que celle donnée par M. Wahl ; en effet au lieu de dire qu'à chaque forme est attachée une personnalité distincte, comme le fait M. Wahl, M. Lacour part de l'idée que la forme est un des éléments essentiels de la personnalité. Mais au fond, il n'y a pas grande différence, l'idée de M. Lacour est simplement plus générale que celle de M. Wahl.

Comme M. Wahl, M. Lacour admet une exception à son principe, quand la transformation dont il s'agit a été prévue et autorisée par une clause de l'acte constitutif. Mais à la différence que M. Wahl qui se contente d'exposer ce tempérament, il cherche à en donner une raison, et voici ce qu'il écrit à ce propos : « L'intention des contractants est souveraine, tant qu'elle ne se heurte pas à une prescription légale d'ordre public ; et on n'aperçoit ici aucun texte ayant ce caractère qui puisse lui faire échec (1). »

C. *Application.* — M. Lacour, après avoir ainsi examiné la question dans ses termes généraux, va maintenant parcourir les *diversss hypothèses* possibles de transformation et signaler relativement à chacune d'elles l'état de la jurisprudence :

Premier cas. — La société s'est *originairement*

1. Cette affirmation de M. Lacour est peut-être bien osée. En tous cas elle n'est pas exempte de contradiction avec ce qu'il a déjà lui-même exprimé, *supra*, p. 35.

constituée sous forme de société *en nom collectif*.

1^o Conversion en société *en commandite simple*.

M. Lacour cite un jugement du tribunal de Valenciennes du 29 avril 1898 (*J. Soc.*, 1899, 52) ; il le croit significatif quoique la transformation soit accompagnée d'autres modifications, parce qu'il prétend ces dernières insuffisantes chacune en elle-même pour déterminer la constitution d'une société nouvelle. Cependant même si cela était vrai, il faudrait encore prouver que la réunion de plusieurs petits changements n'a aucune influence sur la question qui nous intéresse.

Il indique en outre un jugement du tribunal de Remiremont du 25 janvier 1900 (*J. Soc.*, 1900, 453).

2^o Conversion *en société anonyme*. M. Lacour cite un jugement du tribunal de la Seine du 4 décembre 1891 (*Rép. pér. Enreg.*, n^o 7809), mais il reconnaît lui-même qu'un changement d'objet y justifiait à lui seul la création d'une société nouvelle.

Ajoutons en sens contraire : Trib. Laon, 1^{er} avril 1912 (*J. Soc.*, 1913, 283).

3^o Conversion *en commandite simple prévue* par les statuts. Cette conversion ne devrait pas entraîner la constitution d'une société nouvelle. Deux décisions sont invoquées en ce sens :

Trib. Seine, 1^{er} juillet 1899 (*J. Soc.*, 1900, 83) ;

Trib. Reims, 14 mars 1905 (*Rép. pér. Enreg.*, n^o 11015).

D'ailleurs ces deux jugements ne sont pas absolument probants, car ils concernent un changement de forme qui ne s'est pas accompli tout à fait comme les statuts le prévoyaient.

4^o Conversion en *société par actions* prévue par les statuts.

Là M. Lacour ne demande plus l'application de la règle suivie jusqu'alors : malgré la prévision des statuts tout se passera comme s'il y avait constitution d'une société nouvelle. Pourquoi ? parce qu' « on ne saurait se dispenser d'observer certaines dispositions légales relatives à l'organisation des sociétés par actions ».

Nous insistons sur cette solution. En effet, elle est l'expression d'une idée que nous préciserons dans notre II^e partie, et dont nous verrons que la jurisprudence fait une application constante (V. p.).

Deuxième cas. — La société est constituée sous la forme de *commandite simple*.

Toujours le même principe : la transformation crée une société nouvelle.

En ce sens, M. Lacour indique un jugement du tribunal de Bar-sur-Aube du 5 juin 1896 (*J. Soc.*, 1897, 313).

Troisième cas. — La société a été constituée sous la forme de société en *commandite par actions*.

Première hypothèse : il n'existe à l'égard de la transformation *aucune clause statutaire*.

M. Lacour constate que « la jurisprudence est divisée sur la question de savoir si dans cette première catégorie d'hypothèse il y a création d'une société nouvelle ». Il est même obligé de reconnaître, sans en apercevoir la raison (1), que dans le cas de transformation en com-

1. En voir l'explication dans notre II^e partie, p.

mandite simple « la pratique manifeste une tendance à admettre la permanence de la société primitive » (Trib. Seine, 8 avril 1864, *Rép. pér. Enreg.*, n° 1928 ; Trib. Péronne, 20 août 1884, S.89.1.33), et que dans le cas de conversion en société anonyme il y a certaines décisions qui ont refusé d'appliquer son principe (Cour Besançon, 15 juin 1869, D.70.2.3 ; Trib. Laon, 27 mars 1884, *Gaz. Pal.*, 84.2.104).

En revanche, M. Lacour invoque en sa faveur d'autres décisions :

Cour Lyon, 6 février 1868 (D.68.2.63), ne signifie rien parce qu'il mélange avec la question du consentement celle de savoir s'il y a société nouvelle.

Trib. Bordeaux, 7 mai 1873 (*Rép. pér. Enreg.*, n° 3892) ; on ne peut se baser sur ce jugement parce que la transformation y est accompagnée de beaucoup d'autres modifications).

Cour Paris, 16 août 1879 (*J. Soc.*, 80.118) ; cet arrêt se fonde moins sur ce qu'il y a une société nouvelle, que sur le principe qu'une société anonyme doit donner des garanties aux tiers.

Trib. Rennes, 26 mai 1884 (*Rép. pér. Enreg.*, n° 6520) ; ce jugement est vraiment bien peu significatif car la transformation s'accompagne de beaucoup d'autres changements.

Trib. Béthune, 15 janvier 1886 (*J. Enreg.*, art. 22617) ; là aussi, d'autres changements viennent enlever à la solution toute signification.

Cass. req., 12 mars 1888 (D.88.1.407) ; nous avons déjà dit à propos de cet arrêt que malgré l'appui consi-

dérable qu'un de ses attendus semble donner, implicitement d'ailleurs, aux thèses de MM. Wahl et Lacour (1), il ne faudrait pas lui attacher une importance exagérée, puisque son dispositif ne se fonde pas sur cet attendu, mais sur la maxime : « pas d'intérêt, pas d'action », et laisse de côté le principe que toute transformation entraîne constitution d'une société nouvelle. Ce principe appliqué dans toute sa rigueur aurait obligé à admettre et non à rejeter le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'Amiens, qui n'avait pas hésité à affirmer « qu'il est inexact de prétendre que la transformation dont s'agit équivalait à création d'une société nouvelle » (2).

1. « Attendu en droit que sans doute le capital social n'existant plus intégralement, il y avait là une cause de nullité de la société anonyme aux termes des articles 1, 24, 41 de la loi du 24 juillet 1867. »

2. De plus nous croyons que c'est à tort que MM. Lacour et Wahl font dire implicitement à l'attendu qu'ils invoquent que la transformation entraîne création d'une société nouvelle. Notre opinion se fonde sur deux raisons : 1^o d'abord penser ainsi c'est considérer qu'il y a contradiction entre les motifs de cet arrêt et son dispositif qui maintient une décision proclamant le principe opposé ; 2^o ensuite on peut rendre à cet arrêt de cassation son unité et sa cohésion en lui prêtant un autre sens qui est le suivant : « Attendu en droit que sans doute le capital social n'existant plus intégralement il y avait là une cause de nullité de la société anonyme » (sous-entendu nullité invocable par les créanciers de la société anonyme, c'est-à-dire par les créanciers postérieurs à la transformation)... « Mais que Payen (qui est un créancier de la commandite, c'est-à-dire antérieur à la transformation, à qui la Cour de cassation ne songe nullement à ôter son ancien recours contre l'ancien gérant de la commandite et qui vis-à-vis du capital social est dans la même situation que si la société avait continué à vivre sans se transformer) obtenant condamnation contre le gérant de la société en commandite ne justifie pas d'un préjudice à lui causé par la transformation de celle-ci en société ano-

C'est à dessein que nous venons de faire ressortir qu'en cas de transformation d'une société en commandite par actions en société anonyme, on ne trouve aucune décision indiquant clairement que cela crée une société nouvelle.

En effet, en présence d'une jurisprudence aussi constante en sens contraire du principe posé par MM. Wahl et Lacour, il nous est venu à l'esprit une idée que nous avons cherché à soutenir dans notre deuxième partie, à savoir : que si les règles imposées par la loi du 24 juillet 1867 doivent être observées au cas de transformation d'une société par intérêt en société par actions, par contre la transformation d'une société par actions en une autre société par actions est une modification infime parce que les formalités imposées par la loi de 1867 ayant déjà été observées par l'organisme qui change de forme, il n'y a pas lieu de les recommencer.

Deuxième hypothèse : les *statuts* de la commandite par actions *prévoient* la transformation.

« En ce cas la transformation ne donne pas naissance à une société nouvelle. » En ce sens : Cour Paris, 7 avril 1887 (D.89.2.41).

Quatrième cas. — La société a été constituée sous la forme *anonyme*.

M. Lacour cite comme étant conforme à sa thèse :

nyme, n'avait dès lors aucun intérêt légitime à invoquer la nullité dont s'agit. » Autrement dit les motifs se rapportent à la demande en nullité formée par un créancier postérieur à la transformation, et le dispositif concerne celle d'un créancier de l'ancienne commandite.

Cass. civ., 11 avril 1905 (S.1906.1.361). Mais nous avons vu que des circonstances de fait font que cet arrêt est peu probant, et nous renvoyons à ce que nous en avons déjà dit aux pages 20, 21, 22 et 23.

Là encore M. Lacour fait une entorse grave à son principe. « Dans le cas, dit-il, où la société anonyme se transforme en commandite par actions, il n'est pas nécessaire de se conformer de nouveau aux règles de constitution énoncées dans les quatre premiers articles de la loi de 1867, car ces règles qui sont les mêmes pour les deux espèces de sociétés par actions, ont dû être observées lors de la constitution originaire. »

Ce tempérament semble parfaitement logique, mais il n'est guère admissible en présence du principe admis par M. Lacour sans le réduire à néant.

Cinquième cas. — Une *société civile*, constituée sous la forme prévue par le Code civil, se convertit en société à forme commerciale.

Il faut appliquer toujours le même principe et dire que la conversion entraîne toujours création d'une société nouvelle.

M. Lacour n'aperçoit qu'une décision en sens contraire : Trib. Lyon, 2 février 1892 (*Rép. pér. Enreg.*, n° 7987) ; et il est d'accord avec nous pour estimer, malgré l'opinion de M. Wahl, qu'on ne peut arguer de l'arrêt de la Chambre civile du 15 février 1888 (D.88.1.421).

§ 2. — *Critique de cette théorie.*

En somme, sur la question de savoir si la transformation d'une société entraîne création d'une personnalité juridique nouvelle, M. Lacour aboutit pratiquement à un résultat qui ressemble fort à celui de M. Wahl.

Pour lui, à part quelques exceptions, la transformation donne en principe naissance à un être moral nouveau. Et, puisque la théorie de M. Wahl ne trouvait pas grand appui dans la jurisprudence, il est naturel qu'il en soit de même de celle de M. Lacour.

Au point de vue *doctrinal* la justification qu'il donne de son principe quoique différente de celle de M. Wahl, ne nous semble pas moins critiquable.

M. Lacour commence par indiquer une idée qui nous semble très juste : « Toute société, dit-il, est une personne juridique qui tient son individualité propre de la réunion de certains éléments. » Nous croyons même que c'est avec raison qu'il range la forme parmi ces éléments.

Son tort est d'en conclure que si l'on supprime un de ces éléments pour lui en substituer un différent, l'être moral primitif n'existe plus et fait place à une société nouvelle.

Sans doute une individualité quelconque est formée de la « réunion de certains éléments », mais de là il ne faut pas conclure que si l'on remplace un de ces élé-

ments par un autre, l'individualité première disparaît pour faire place à une autre.

Que les membres d'un homme fassent partie de son individualité ce n'est pas douteux, et cependant personne ne prétendra que si on lui coupe un bras ce ne sera plus la même personne.

Nous savons bien que M. Lacour ne vise que les éléments essentiels, et qu'il nous répondrait que si l'on tranche la tête d'un homme sa personnalité disparaît.

Cependant nous serions bien embarrassé s'il nous fallait énumérer, comme M. Lacour le fait pour les sociétés, les éléments constitutifs de la personnalité humaine, c'est-à-dire dont la disparition d'un seul doit entraîner l'anéantissement de la personnalité.

Dès lors nous croyons qu'il est encore plus téméraire de vouloir discerner les éléments constitutifs de ces organismes complexes qu'on appelle « société » et dont les contours sont à peine formés.

Peut-être à la rigueur pourrait-on définir les éléments constitutifs de la personnalité humaine : ceux qui étant supprimés entraînent la mort sans que rien ne puisse les remplacer. Mais pour les sociétés on n'a pas la même ressource ; étant des organismes constitués par l'homme, elles ne cessent de vivre qu'avec la volonté de l'homme ; en effet qu'un de leurs éléments disparaisse l'homme pourra toujours le remplacer, lui qui a été capable de constituer le tout.

Puisque donc il apparaît clairement qu'il est absolument impossible de déterminer quels sont les éléments dont la disparition change l'individualité d'une

société, et de dire par conséquent si la forme est un de ces éléments là, l'idée de M. Lacour ne peut aboutir à aucun résultat.

Et nous croyons que s'il a pensé qu'il pourrait arriver à quelque certitude dans la détermination des éléments constitutifs de la personnalité des sociétés, c'est parce qu'il a mêlé deux idées bien différentes : celle de savoir quels sont les éléments constitutifs d'un organisme d'une part, c'est-à-dire en somme une question de fait bien délicate à résoudre ; et celle des conditions auxquelles la loi subordonne l'octroi de la personnalité morale, ce qui est une question théorique qui aurait été susceptible de se résoudre d'une façon précise.

Pour prouver que M. Lacour fait probablement cette confusion, nous faisons remarquer qu'il range parmi les éléments constitutifs de l'individualité d'une société la nationalité qui n'est qu'un élément de son état civil. En effet, il semble que ce n'est pas le fait de changer de nationalité qui supprimera ou changera l'individualité d'un homme ou de n'importe quel autre organisme, comme une société ; tandis que l'on peut très bien admettre qu'une nationalité déterminée soit une condition exigée par une législation pour avoir une personnalité juridique déterminée, c'est-à-dire la jouissance de certains droits. C'est ainsi que pour être protégé par la législation romaine il fallait être citoyen romain, le *status civitatis* étant un des éléments du *caput*, et qu'aujourd'hui encore, les droits politiques sont réservés aux nationaux.

Nous estimons donc que le critérium formulé par

M. Lacour ne porte pas, parce qu'il est l'expression d'une confusion entre les deux idées de personnalité juridique et de personnalité ou plutôt d'individualité physique.

SECTION II

THÉORIE DE M. AUGER.

§ 1. — *Exposé de cette théorie.*

M. Auger vient de faire paraître dans les numéros des mois de juin et juillet 1925 de la *Revue des Sociétés*, un intéressant travail sur « La transformation ». Et naturellement la question à laquelle il consacre le plus de place, pour ne pas dire tout son article, est celle de savoir quand elle créera un être moral nouveau.

A. CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES. — Cette étude diffère grandement des deux précédentes à deux points de vue : d'abord elle n'est pas dominée par un principe absolu, au contraire M. Auger admet que si en général il y a création d'une société nouvelle, il y a de nombreux cas où les principes juridiques n'imposent pas cette solution (1).

Principe. — Ensuite le fondement de son système est sensiblement différent : ce serait aller un peu loin que de dire qu'il ne se préoccupe pas de la notion de

1. C'est ainsi qu'il dit : « Le changement de forme de la société entraîne donc un bouleversement de la situation des associés ; en règle générale du moins, car il est des changements de forme qui n'apportent aux engagements des associés qu'une modification relativement peu sensible. »

personnalité morale, mais il tire son critérium de l'analyse du *contrat de société* et non de l'idée de personnalité morale, dont la création et la disparition ne sont, pour lui, que les conséquences de la formation ou de la modification du contrat de société.

« L'être moral dit M. Auger, naît de l'accord des parties sur les droits et obligations déterminés dans le pacte social : les devoirs de chaque associé envers la société constituent la cause de l'obligation des autres. La modification de ces devoirs produit donc une *novation par changement de cause*, dans les termes de l'article 1271 du Code civil, des obligations réciproques des associés, par conséquent l'extinction de ces obligations (art. 1234 C. civ.) et la rupture du pacte social initial remplacé par un nouveau contrat. La rupture du pacte social initial a pour conséquence nécessaire la dissolution de l'être moral dont l'existence était subordonnée au maintien en vigueur du contrat. »

Nous signalons tout de suite un des points faibles de ce raisonnement : il affirme que le changement de forme modifie les devoirs des associés entre eux, or il n'en est rien. En effet, ces devoirs consistent principalement dans l'exécution de la promesse d'apport, et la transformation en elle-même ne change rien au capital social ; et si, par exemple, elle a pour résultat de limiter la responsabilité d'un associé, cette modification intéresse beaucoup les tiers et l'associé qui voit ses risques diminués, mais elle importe peu aux autres associés.

Dispositions légales relatives à la transformation. — Tel est le principe de M. Auger. Avant d'en examiner

l'application, il indique toutes les *dispositions légales* qui se rapportent à la transformation en général :

D'abord les textes qui édictent des mesures *transitoires* :

Article 19 de la loi du 24 juillet 1867 (les commandites par actions peuvent se transformer en sociétés anonymes).

Article 46 de la même loi (les sociétés à responsabilité limitée et anonymes autorisées peuvent se transformer en sociétés anonymes libres).

Article 7 de la loi du 1^{er} août 1893 (qui accorde certaines facilités aux sociétés civiles désireuses de prendre la forme commerciale).

Article 5 de la loi du 9 septembre 1919, et article 18 de celle du 31 décembre 1920 (font de même pour les sociétés de mines jusque-là civiles).

Article 13 de la loi du 24 juillet 1921 (autorise les sociétés alsaciennes ou lorraines à opter pour la législation moderne française).

Puis des dispositions *directes* sur la transformation :

Article 31 nouveau de la loi du 24 juillet 1867 (la majorité des assemblées générales des sociétés par actions peut décider la transformation).

Article 31 de la loi du 7 mars 1925 (même mesure en ce qui concerne les sociétés à responsabilité limitée).

Article 41 de la même loi (les sociétés existantes peuvent se transformer en sociétés à responsabilité limitée et inversement).

Et M. Auger termine cette énumération en formulant ce nouveau principe : toutes les transformations

visées par les dispositions sus-énoncées n'entraînent pas dissolution de la société.

Quant à nous, nous estimons que M. Auger confond ici les questions de consentement auxquelles se rapportent généralement les dispositions qu'il reproduit, et le caractère juridique de la transformation auquel ces textes sont étrangers.

Cependant, une telle opinion se comprend chez un auteur qui admet comme M. Auger qu'une clause des statuts prévoyant la transformation a pour résultat d'empêcher la constitution d'une société nouvelle. En effet que fait donc la loi dans la plupart des dispositions que nous venons d'énumérer sinon de parer à l'absence d'une clause semblable ?

D'ailleurs, si allant jusqu'au bout, on déduit avec rigueur toutes les conséquences de ce que dans tel cas déterminé la transformation entraîne création de société nouvelle, on devrait dire : la constitution d'une société quelconque ne pouvant s'accomplir sans le consentement individuel de tous les futurs associés, pour réaliser une telle transformation les mêmes conditions devront être exigées, et par conséquent il faudra le consentement unanime des associés ; si la loi supprime une des conséquences du caractère juridique de la transformation en lui permettant de s'accomplir sans le paiement du droit proportionnel d'apport (art. 18 de la loi du 31 décembre 1920), ou sans le consentement unanime des associés (art. 31 nouveau de la loi du 24 juillet 1867), etc... C'est que ce caractère lui-même est changé et qu'il n'y a pas création de société nouvelle.

Nous croyons que ce raisonnement n'est quand même pas solide parce que si l'on peut dire que la loi, quand elle supprime un principe, annule du même coup toutes ses conséquences, il est impossible d'admettre que la loi veuille réformer un principe quand elle ne fait qu'en modifier une de ses conséquences : car si telle avait été son intention, rien ne l'eût empêchée de s'en prendre directement au principe.

Cependant ce raisonnement est probablement celui de M. Auger :

En effet, à propos des cas dans lesquels la transformation n'entraîne pas société nouvelle, il dit : « Dans les sociétés anonymes ou en commandite par actions, le quorum et la majorité fixée à l'article 31 ancien de la loi du 24 juillet 1867 suffiront » (sous-entendu : pour réaliser la transformation) ; tandis qu'à propos des cas où il considère que la transformation entraîne au contraire constitution d'une société nouvelle, il dit « la transformation ne peut être valablement décidée qu'à l'unanimité des associés ». Par conséquent, pour M. Auger il importe beaucoup en ce qui concerne le consentement de savoir s'il y a oui ou non formation d'une société nouvelle, c'est là une question qui commande tous les points soulevés par la transformation d'une société ; pour M. Lacour au contraire, le consentement est tout à fait indépendant de la question de savoir s'il y a société nouvelle, puisqu'il ne le mentionne pas parmi les nombreux intérêts qui s'attachent à cette question.

B. APPLICATION. — Ces considérations générales étant données, M. Auger divise ainsi son sujet :

1° Cas où la transformation ne créera pas d'être moral nouveau ;

2° Cas où la règle générale s'appliquera au contraire ;

3° Application des mesures transitoires prévues par les lois.

I. — Des cas où la transformation n'entraînera pas création d'une société nouvelle.

1° La transformation n'apporte que des modifications de peu d'importance. Il en est ainsi lorsqu'une société anonyme à capital variable devient à capital fixe ou réciproquement, quand une société en nom collectif se transforme en société en commandite simple par l'adjonction d'un commanditaire (en ce sens : Trib. Remi-remont, 25 janvier 1900, *J. Soc.*, 1900.453), quand la commandite simple devient société en nom collectif par la retraite du commanditaire (M. Auger constate qu'il n'est pas toujours d'accord avec la jurisprudence), quand une commandite par actions se transforme en commandite simple ou inversement (en ce sens : Trib. Péronne, 20 août 1884, S.89.1.33).

2° La transformation pourra être autorisée par les statuts. M. Auger montre que cette exception à la règle générale est pleinement d'accord avec son principe. « La dissolution étant la conséquence de la novation des obligations initiales des associés par changement de cause, comment admettre que constitue une novation un acte qui n'est que l'application pure et simple du contrat. »

M. Auger estime que cette solution n'est même pas discutée en jurisprudence, et il cite en ce sens :

Cour d'Amiens, 6 août 1885 (*Rev. Soc.*, 1886.216) ; pas plus que MM. Wahl et Lacour nous ne voyons dans cet arrêt trace d'une clause des statuts prévoyant la transformation.

Cass. req., 8 mars 1892 (D.92.1.236) ; il s'agit d'un gérant qui devient commanditaire, mais comme la société était en commandite simple rien n'est changé à son type ; cet arrêt est donc en dehors de la question.

Lyon, 24 juillet 1895 (D.98.1.11) ; la question à trancher concernait le pouvoir de l'Assemblée générale, il ne s'agissait pas de savoir s'il y avait création de société nouvelle ; donc référence en dehors de la question.

Trib. Bar-sur-Aube, 5 juin 1896 (*J. Soc.*, 1897, 313) ; non seulement ce jugement dit « que la transformation a eu pour conséquence nécessaire et forcée la création d'une société nouvelle », mais encore les statuts de la société dont il s'agissait ne prévoyaient pas le changement de forme.

Cass. civ., 11 avril 1905 (S. 1906.1.361) ; on ne peut en tirer cette solution qu'en raisonnant sur lui par *a contrario*.

Trib. Hanoï, 31 décembre 1905 (*Rev. Enreg.*, 1907, p. 208) ; la transformation qui s'est produite, n'est pas exactement celle que prévoyaient les statuts.

Trib. com. Havre, 9 mars 1909 (*J. Soc.*, 1910. 225).

Trib. Laon, 1^{er} avril 1912 (*J. Soc.*, 1913.283).

Il existe d'autres décisions en ce sens, et nous renvoyons à celles qu'ont citées chacun à leur tour MM. Wahl et Lacour.

Puis M. Auger fait remarquer « qu'il y a des transformations qui même autorisées par les statuts dissoudraient la société et provoqueraient la création d'une société nouvelle : ce sont celles de sociétés publiques en participation et inversement ».

II. — Cas où la transformation entraînera constitution d'une société nouvelle.

M. Auger n'énumère pas ces cas, ce sont tous ceux qui ne sont pas mentionnés dans le paragraphe précédent.

Nous n'analyserons donc pas ce paragraphe dont les développements ne se rattachent pas à la question qui nous intéresse.

Nous ferons seulement la remarque suivante : M. Auger, en étudiant les effets de la transformation qui entraîne création de société nouvelle, donne deux solutions qui, quoique logiques, se contredisent l'une l'autre. D'abord il indique que lorsque la société nouvelle se pose en successeur de la société transformée « il ne se produit pas d'interruption dans le cours de l'existence des deux sociétés ; les droits des associés ne cessent pas d'être mobiliers ».

Puis se plaçant au point de vue fiscal, il dit : « les associés seront considérés comme appropriés de leur part de l'actif pendant le trait de temps qui séparera la dissolution de la constitution de la société nouvelle, en sorte que si le personnel de la société s'est renouvelé depuis la mise en commun initiale, les apports faits par des associés disparus ou retirés sont passibles du droit de mutation à titre onéreux ».

Lorsque l'on considère que la transformation entraîne changement de personnalité, c'est-à-dire fin et dissolution d'une société, puis création d'une autre comme le fait M. Auger dans le cas qu'il envisage en ce moment, dire « les associés seront considérés comme appropriés de leur part d'actif », c'est parfaitement rationnel ; mais dire « les droits des associés ne cessent pas d'être mobiliers », cela s'appelle se contredire et mal tirer les conséquences du principe posé.

M. Auger n'a pas hésité cependant à donner deux solutions aussi opposées parce qu'elles étaient plus en accord avec la jurisprudence, et parce que, par elles-mêmes et abstraction faite du principe qui devrait en commander la solution, elles se justifient mieux.

§ 2. — *Critique de cette théorie.*

Il est certain que le système de M. Auger est plus conforme à la jurisprudence, mais nous ne le croyons pas meilleur pour cela. En effet si cet auteur est parvenu à ce résultat, c'est tout simplement parce qu'au lieu de partir d'un principe bien ferme, d'en déduire rigoureusement les conséquences et de voir après si elles s'accordent avec la jurisprudence, M. Auger a suivi l'ordre inverse et justifie en quelque sorte chaque décision au moyen d'idées qui souvent ne se rattachent pas au même principe.

De plus, ce système n'a pas seulement le défaut de manquer des qualités de simplicité qui font la valeur

d'une critérium, mais encore, de la seule idée vraiment générale qui s'y trouve exprimée, il est facile de démontrer l'inexactitude.

M. Auger écrit que la transformation entraîne constitution d'une société nouvelle quand elle entraînera novation du contrat de société, autrement dit cet auteur emprunte son critérium à la théorie de la novation, et c'est parce que ce critérium repose sur l'idée de novation que nous le considérons sans valeur.

En effet, « la novation est une survivance d'une institution toute romaine, qui a subsisté dans le droit moderne, alors que les raisons qui l'avaient fait créer ont, pour la plupart, disparu » (1).

A Rome la novation résultait automatiquement de l'emploi de termes solennels, et malgré l'extinction de la première obligation, ce qui était le gros inconvénient de cette institution, les parties y recouraient cependant fréquemment parce qu'elle était le seul moyen « de changer la personne du créancier ou celle du débiteur, et d'introduire une modalité dans le rapport juridique ou dans la nature du contrat qui liait les deux parties » (2). Mais aujourd'hui où un rapport juridique peut être modifié et même bouleversé sans qu'il soit nécessaire pour cela de le faire disparaître d'abord pour le remplacer ensuite par un autre, les parties se gardent bien de recourir à la novation. Aussi « la plupart des décisions ont précisément pour thème d'écarter l'idée

1. Capitant, *Droit civil*, t. II, p. 104.

2. Voir Girard, *Manuel*, 6^e édition, p. 705.

d'un contrat novatoire et de constater que les parties n'ont pas eu l'intention d'en faire un » (1).

Et spécialement dans le cas qui nous occupe, si l'on admet avec M. Auger que la novation du contrat entraîne société nouvelle, ce résultat aurait trop d'inconvénients au point de vue fiscal notamment (où un droit proportionnel serait dû au lieu d'un droit fixe) pour que jamais les associés ne recourent à une semblable institution.

Et M. Auger ne pourrait pas nous objecter que la transformation entraîne dans les obligations des parties des modifications telles que la novation du contrat social s'ensuit nécessairement malgré la volonté des parties, car nous lui répondrions : qu'il n'existe pas dans le droit français de distinction entre les modifications profondes qui emporteraient par elles-mêmes novation d'un contrat, et d'autres plus légères qui ne peuvent novier des obligations qu'avec la volonté des parties. Ici comme partout le grand principe de la liberté en matière de contrat permet de ne recourir à la novation que lorsqu'on le désire seulement, et bien plus « la novation ne se présume point ; il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte » (art. 1273 C. civ.). La novation ne se présume jamais, parce qu'en effet les règles de la logique elles-mêmes ne nous permettent pas de concevoir des modifications si profondes soient-elles qui ne laissent rien subsister du substratum sur lequel elles se sont greffées.

1. Capitant, *Manuel*, t. II, p. 105.

Donc, si l'on admet avec M. Auger que la transformation n'entraîne constitution d'une société nouvelle que lorsqu'il y a novation du contrat de société, autant dire que la solution de la question dont nous poursuivons l'étude dépend de la seule volonté des associés, et une telle conclusion n'est-elle pas la condamnation de son système ?

CHAPITRE II

Pourquoi les solutions précédemment données à ce problème ne donnent-elles pas satisfaction? Manière dont il faut le résoudre.

Ces trois théories, dont l'une celle de M. Wahl prétend que la personnalité juridique, étant attachée uniquement à la forme, doit disparaître quand la société se transforme, dont l'autre celle de M. Lacour affirme que la forme étant un élément constitutif de l'individualité d'une société quand celle-ci se transforme elle fait place à une nouvelle société, et dont la troisième celle de M. Auger veut que la transformation emporte dissolution d'une société quand son contrat est nové, ne trouvent guère d'appui ferme et constant dans la jurisprudence, et nous croyons avoir démontré qu'au point de vue doctrinal elles ne sont pas plus solides.

Au fond tous ces systèmes ont un point commun, ils partent tous d'un même *raisonnement* qui est à peu de choses près le suivant :

Les sociétés sont des personnes juridiques et une forme légale déterminée est pour elle un élément sans lequel elles ne jouissent pas de la personnalité morale. Ces deux points étant donc admis, si une société se

transformée elle perd sa forme primitive ; ce faisant, elle n'a plus la personnalité juridique ; alors ses biens ne pouvant plus appartenir à une personne juridiquement inexistante retournent dans le patrimoine des associés. Elle est donc dissoute, et la société qui existe une fois la transformation opérée ne peut plus être que le résultat d'une création nouvelle.

Or, nous croyons ce raisonnement mauvais, nous allons nous efforcer d'en démontrer la fausseté, et cela nous permettra non seulement de faire comprendre la raison profonde de la faiblesse de toutes les théories que nous venons d'analyser, mais encore cela sera pour nous un moyen commode d'indiquer le point de vue que nous croyons devoir adopter vis-à-vis de la question de savoir si la transformation entraîne création d'un être moral nouveau.

SECTION I

UNE SOCIÉTÉ NE PERD PAS LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE EN SE TRANSFORMANT.

A l'argumentation sus-indiquée on peut d'abord faire une première critique.

Sans doute une société qui se transforme perd sa forme primitive, mais en déduire que cela lui fait perdre la personnalité juridique parce que toute société qui n'appartient pas à un type légal déterminé est nulle et n'a pas la personnalité morale, nous trouvons que c'est en tirer une conclusion un peu hâtive.

En effet, la transformation ne retire sa forme à une

société que pour lui en donner une autre, et ne la laisse pas une seconde sans forme. Par conséquent la société possède à tous moments les éléments nécessaires à la conservation de la personnalité juridique.

Nous reconnaissons qu'à cette première critique on peut objecter qu'il est impossible de concevoir la substitution d'un type légal de société à un autre sans qu'il se passe un instant de raison pendant lequel la forme légale, cette condition nécessaire au maintien de la personnalité légale, manquant, il y aura forcément un moment si court soit-il pendant lequel la société n'ayant plus la personnalité morale, les biens sociaux retomberont dans le patrimoine des associés.

Ce qui se passe peut être comparé à ce qui arrivait dans la législation romaine au cas de *capitis deminutio* qui n'était pas une diminution de capacité puisque dans certains cas de *capitis deminutio minima*, le *capite minutus* avait, comme la société transformée la même capacité de jouissance et d'exercice qu'avant, mais qui était une véritable mort civile (Girard, 7^e édition, p. 197, n^o 2). Or, la mort civile romaine, même si elle était concomitante à une résurrection juridique, n'en avait pas moins le temps d'engendrer certains effets, ce qui est comparable à ce qui se passe en matière de transformation quand le retrait de la personnalité juridique concomitant à son rétablissement oblige les biens de la société à passer par le patrimoine des associés (1).

1. C'est ainsi que le *capite minutus* qui avait un actif le perdait au profit de celui de qui provenait la *capitis deminutio*, et que —

SECTION II

IL N'EST PAS NÉCESSAIRE QU'UNE SOCIÉTÉ SE DÉSAGRÈGE PARCE QU'ELLE PERD LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE.

Si donc cette première critique n'est pas décisive, en voici une deuxième plus sérieuse.

Même si l'on admet que la société qui se transforme perd la personnalité morale quitte à la récupérer immédiatement après, nous ne croyons pas que ce résultat doive entraîner la désagrégation de la société en tant qu'organisme, et le retour de ses biens dans le patrimoine des associés.

Il y a en effet en droit commercial deux cas — celui d'une société nulle et celui d'une société en liquidation — où certainement les sociétés n'ont plus la personnalité juridique et où cependant leur existence de fait est parfaitement reconnue.

Premier cas. — Société dissoute. — Une telle société a

ce qui est encore plus intéressant à constater — si la cause de la *capitis deminutio* venait à disparaître, si par exemple un latin recouvrait la qualité de citoyen romain précédemment perdue, il ne redevenait pas propriétaire de ses anciens biens et même il n'était pas tenu à nouveau de ses anciennes dettes dont il avait été libéré sans que cependant personne n'en fut tenue à sa place. En résumé il pouvait acquérir les mêmes droits qu'avant, mais ceux précédemment acquis ne revivaient pas, soit parce qu'ils avaient été anéantis par la *capitis deminutio*, soit peut être parce les Romains admettaient qu'un même homme puisse avoir successivement plusieurs individualités juridiques jouissant des mêmes sortes de droit, ce qui est une subtilité qui n'est guère concevable que dans une législation ancienne.

pris juridiquement fin, ses biens sont donc redevenus la propriété indivise des associés (1), et cependant jusqu'à la clôture des comptes l'organisme société continue à subsister, il ne se désagrège pas, les biens sociaux continuent à former une masse séparée, les créanciers personnels des associés ne concourent pas plus que précédemment sur les valeurs formant le capital social.

Sans doute pour expliquer ce résultat, on a coutume de dire que la personnalité morale des sociétés survit à leur dissolution.

Il nous semble bien difficile d'admettre une telle explication, car elle est en opposition avec les deux principaux textes sur lesquels se fonde la personnalité juridique des sociétés :

L'article 529 du Code civil, après nous avoir dit que les actions et intérêts étaient meubles, se donne la peine de revenir sur ce sujet et de préciser que les actions et intérêts sont réputés meubles à l'égard de

1. Ce qui aux yeux de M. Thaller se manifeste et entraîne les deux conséquences suivantes :

1° La cession de part ne bénéficiera plus de la taxe réduite mais sera passible des droits de mutation ordinaires à raison de la nature mobilière ou immobilière des biens en liquidation. L'article 529 du Code civil le dit clairement ; et c'est assez naturel, ajoute M. Thaller, car il n'y a point d'utilité à encourager la cession de parts ou actions après la dissolution.

2° On devra traiter, au point de vue de la composition de la communauté légale, l'intérêt de l'associé dans la société à partir de la dissolution comme étant de nature immobilière (et par conséquent non susceptible de tomber dans la société dissoute si la dissolution est antérieure au mariage) dans la mesure où le capital se compose d'immeuble.

chaque associé seulement « tant que dure la société ».

De même l'article 59-6° du Code de procédure civile ne permet l'unité d'assignation que tant que la société existe.

Aussi nous croyons que l'explication traditionnelle est boiteuse, et qu'il est préférable d'admettre que les sociétés sont des organismes dont dépendent trop d'intérêts différents pour qu'on puisse les faire naître et mourir aussi brusquement que l'exigeraient les principes juridiques.

Deuxième cas. — Société nulle. — Ce cas est encore plus frappant. Loin de favoriser les sociétés contraires à l'ordre public en leur accordant la personnalité morale, la loi cherche à les éliminer en permettant à tout intéressé de provoquer leur dissolution.

Et cependant leur existence de fait est reconnue juridiquement puisque les articles 7, 41 et 56 de la loi du 24 juillet 1867 ne permet pas d'opposer la nullité aux tiers.

En effet on estime que quand une société a parcouru une période d'exploitation avec réalisation de bénéfices et de pertes, il est impossible de faire abstraction de cet état de fait. Cette règle est équitable, autrement le gérant ne pouvant pas être le mandataire d'une société inexistante, s'enrichirait de tous les bénéfices ou endosserait toutes les pertes ; elle n'est pas moins logique, car quoiqu'on fasse on est en présence de marchés non annulés en eux-mêmes et qui ont produit des effets.

Voici donc deux cas bien nets où la disparition de

la personnalité juridique de la société n'entraîne pas sa désagrégation, et où cependant la rigueur des principes commanderait, bien plus qu'en matière de transformation, d'admettre que les biens sociaux retournent immédiatement dans le patrimoine des associés.

SECTION III

LES SOCIÉTÉS NE SONT PAS DES PERSONNES MORALES.

Enfin la raison la plus profonde pour laquelle nous croyons que la transformation n'entraîne pas par elle-même l'anéantissement de la société et ne fait pas revenir les biens sociaux dans le patrimoine des associés, c'est qu'avec beaucoup d'auteurs nous sommes persuadés que ceux-ci n'ont jamais cessé d'être la propriété indivise des associés, parce que notre droit n'accorde pas la personnalité morale aux sociétés.

Et voilà, nous en sommes persuadés, le défaut véritable du raisonnement qui constitue le point de départ des trois théories que nous avons critiquées. Ce raisonnement semble inattaquable parce que c'est un syllogisme bien construit, mais l'un des termes en est faux ou du moins c'est notre opinion.

§ 1. — *La notion de personnalité juridique n'existe pas dans la condition juridique des sociétés.*

Plus loin nous verrons ce que disent nos lois relativement à la personnalité juridique des sociétés. Mais auparavant, faisant abstraction de tout texte nous

allons préciser ce que veut dire : avoir la personnalité morale, et nous verrons que si vraiment les sociétés étaient des personnes morales, d'une telle conception il faudrait déduire des conséquences bien peu conformes à la volonté des associés et à la réalité des choses.

I. — Qu'est-ce qu'avoir la personnalité juridique ?

Définition de la personnalité juridique au sens large.

— Qu'est-ce donc qu'avoir la personnalité juridique ?

C'est, si l'on s'en tient à un point de vue très général, bénéficier d'un avantage déterminé, être dans une situation juridique avantageuse.

De cette première constatation une conséquence s'impose : c'est que la personnalité morale est un attribut qui ne peut concerner qu'un organisme. En effet, il ne peut être question pour la matière inorganique de bénéficier d'un avantage puisqu'à une pierre par exemple tout est indifférent et qu'il est impossible de concevoir quelque chose qui puisse lui être avantageux. Tandis que pour un organisme le mot avantage a un sens précis et signifie tout ce qui est favorable à son fonctionnement et à son développement.

Les sociétés sont des organismes et peuvent donc avoir la personnalité juridique. — Nous affirmons qu'il faut être un organisme pour pouvoir avoir la personnalité juridique, mais ce n'est pas en disant que les sociétés ne sont pas des organismes que nous leur refuserons la qualité de personne morale. Bien au contraire, nous sommes persuadés qu'une société est un organisme et

que ce terme ne comprend pas seulement les êtres vivants, hommes, animaux et plantes mais encore tous ces ensembles créés par l'homme que sont par exemple un moteur, une usine, un fonds de commerce, une société, un établissement public, etc...

En effet, si nous comparons un moteur et un fonds de commerce à un homme, nous y trouvons chez les uns comme chez l'autre tous les éléments constitutifs d'un organisme.

La première idée comprise dans le mot organisme, c'est ce mouvement qui provient de ce que tout organisme est en perpétuel échange de matière avec le milieu. Or de même qu'un homme respire, c'est-à-dire aspire des gaz et en rejette d'autres, nous voyons un moteur recevoir de l'eau et du charbon pour rejeter de la vapeur et de la fumée, et un fonds de commerce faire entrer des marchandises achetées pour les faire ressortir une fois vendues.

Un organisme c'est aussi quelque chose qui a une individualité parce que sa composition reste la même. Cela tient à ce qu'il tire de son perpétuel échange de matière avec le milieu non seulement la force suffisante pour continuer cet échange, mais encore les moyens nécessaires pour stabiliser sa forme et sa consistance. C'est ainsi que l'homme trouve dans sa nourriture et dans sa respiration non seulement la force de faire de nouveaux mouvements de respiration et de mastication, mais encore celle qui lui permettait dans les temps primitifs de lutter contre les agents destructeurs qui l'entouraient et de courir après le gibier qui devait à

la fois lui redonner des forces et réparer l'usure de son corps. Aujourd'hui, l'homme plus simplement échange un travail quelconque contre l'abri et la nourriture. Il en est de même pour le moteur qui en tournant crée l'énergie dont la valeur servira à acheter d'autres éléments de combustion et à payer les réparations inévitablement provoquées par l'usure. De même aussi du fonds de commerce qui tire de ses ventes l'argent nécessaire au rachat des marchandises, au paiement de son personnel et à l'entretien de son outillage (1).

Contenu précis de l'expression : personnalité juridique. Comment la notion de personnalité juridique a pris naissance. — Nous savons maintenant qu'une société est un organisme et par conséquent on peut très bien concevoir qu'elle soit pourvue de la personnalité juridique. Mais ceci ne nous dit toujours pas en quoi consiste la situation désignée par ce terme avoir la personnalité morale.

Nous croyons que la meilleure façon de le savoir avec certitude, c'est, comme nous allons le faire, d'examiner comment elle a pris naissance.

Si nous examinons les organismes à l'état naturel, nous constatons qu'ils sont en lutte les uns contre les autres. C'est ce qui se passe lorsqu'ils vivent les uns

1. Si en voulant montrer que les êtres vivants ne sont pas seuls à être des organismes, nous n'avons pas pris comme exemple les sociétés; c'est que, comme nous espérons le montrer plus loin, le mot société lui-même désigne moins l'organisme lui-même que la façon dont il est possédé et exploité. C'est par un abus de langage que l'on dit : telle exploitation devient une société, il faut dire : elle est mise en société.

des autres, quand par exemple un homme tue un animal pour le manger. C'est aussi ce qui arrive lorsque leur activité s'exerce en même temps et au même endroit quand par exemple plusieurs individus veulent se nourrir des fruits du même arbre.

Et cependant, les organismes ne peuvent mettre fin à cette lutte en reconnaissant à chacun des droits égaux, en admettant que par exemple chaque organisme soit maître de lui-même et propriétaire du produit de son travail. En effet, un tel état de chose serait impossible car il faudrait que l'organisme humain s'abstienne de se nourrir des plantes et de manger les animaux sous prétexte que ceux-ci ont comme lui le droit à la vie, et cela aboutirait à supprimer les hommes et même les animaux qui se nourrissent d'autres organismes vivants et qui ne peuvent comme les plantes assimiler directement la matière inerte et inorganique.

S'il ne peut être question de supprimer cette lutte pour la vie, vous voyons tout de même les organismes d'une même catégorie s'entendre pour la faire disparaître entre eux, et s'allier pour la rendre plus facile contre les autres. C'est en vertu d'une entente de ce genre plus instinctive que raisonnée et que les philosophes appellent contrat social, que par exemple les loups ne se mangent pas entre eux.

A l'état isolé donc chaque individu ou organisme a la prétention de se procurer tous les avantages quels qu'ils soient même au détriment de n'importe qui et de n'importe quoi, en un mot il se reconnaît tous les droits. Mais hélas, ses moyens sont faibles et loin de

réaliser ses désirs il vit au milieu de l'insécurité la plus complète.

Alors il va renoncer à quelques droits pour s'assurer plus complètement la jouissance des autres, il s'associe avec plusieurs individus, c'est-à-dire qu'il ne se reconnaît plus le droit de leur faire du mal, il limite sa liberté à la mesure où elle ne les gêne pas, il consent à voir en eux des égaux, et moyennant ce léger sacrifice il obtient les avantages suivants : un premier avantage qui n'est que la contre-partie de l'abandon qu'il a accepté : les membres du groupe renoncent à toute supériorité vis-à-vis de lui et le considèrent comme leur égal. C'est donc l'état de paix qui succède à la lutte. Et deuxièmement et surtout un avantage qui est le véritable profit de l'organisation à laquelle il prend part : vis-à-vis des membres extérieurs à son groupe ses prétentions restent les mêmes, c'est-à-dire qu'il demeure libre de les tuer ou de se les approprier, mais au lieu de ne pouvoir affirmer cette prétendue supériorité, au lieu de ne pouvoir exercer tous les droits qu'il se reconnaît vis-à-vis d'eux, la force sociale va lui en assurer la jouissance et faire de ce qui n'était qu'une aspiration une réalité.

Ainsi donc, dans une société déterminée, il y a d'une part les organismes qui en font partie, au profit desquels elle est organisée et auxquels alors la force sociale assure la jouissance de tous les avantages, c'étaient à Rome les citoyens romains. Et d'autre part tous les autres, c'est-à-dire ceux qui par rapport au contrat social sont en quelque sorte des tiers qui non seulement

ne peuvent à leur profit mettre en mouvement la force publique mais encore contre qui celle-ci est dirigée, c'étaient en droit romain les esclaves, les animaux, etc...

Les premiers, c'est-à-dire ceux qui font partie de la société sont sujets de droits et de devoirs juridiques, ils sont des personnes morales, les seconds ne le sont pas.

Ainsi, si les organismes sont des individualités qui sont toutes aptes à bénéficier d'avantages, c'est-à-dire capables d'être sujets de droit, nous constatons qu'à une époque et dans un pays déterminés certains seulement ont l'avantage d'être proclamés supérieurs aux autres et de pouvoir exercer leur domination sur eux. Autrement dit, il y a des organismes qui ont la jouissance de droits et d'autres qui ne l'ont pas et c'est le fait d'avoir cette jouissance de droits qui s'appelle avoir la personnalité juridique.

II. — Comparaison de la condition juridique d'une société avec une personne morale et avec un organisme non pourvu de la personnalité morale.

Voilà donc bien déterminée la situation juridique désignée par l'expression avoir la personnalité juridique.

Et maintenant nous croyons que, pour pouvoir prétendre que les sociétés ont ou n'ont pas la personnalité morale, il suffit de constater si leur condition juridique est semblable à celle d'une personne morale ou si au contraire elle présente les mêmes traits que

celle d'un organisme non pourvu de la personnalité juridique.

C'est pourquoi nous allons, en prenant deux exemples — l'un d'un organisme auquel le droit accorde la personnalité, l'autre d'un organisme auquel le droit la refuse — essayer de déterminer les caractères propres à chacune de ces deux situations juridiques.

Mais, au lieu de prendre d'une part un citoyen français comme type de personne morale, et d'autre part un animal comme exemple en sens contraire, nous allons choisir notre exemple d'organisme n'ayant pas la personnalité morale parmi ceux qui en sont le plus habituellement pourvus, c'est-à-dire parmi les hommes, et notre exemple de personne morale en dehors des humains. Nous croyons que cette manière de faire fera mieux ressortir la différence qui sépare chacun de ces statuts juridiques. Et c'est ainsi que nous allons étudier successivement la condition d'une œuvre reconnue d'utilité publique en droit français, et celle de l'esclave en droit romain.

1. Comparaison avec une œuvre reconnue d'utilité publique.

Raison pour laquelle la loi reconnaît aux œuvres la personnalité juridique. — En droit français, la qualité de personne n'appartient pas seulement aux êtres humains. Se trouvent aussi et à certaines conditions avoir la personnalité civile, notamment les œuvres d'intérêt général créées par les particuliers et appelées fondations. Un premier trait spécial à leur condition juri-

dique réside dans la raison pour laquelle la loi leur accorde la personnalité morale.

Le droit étant un ensemble de règles établies par les hommes, il serait naturel qu'ils fussent les seuls à en bénéficier. C'est ainsi qu'à Rome seuls les citoyens romains avaient le *caput*, et que dans nos démocraties modernes où le pouvoir est entre les mains de tous, tous les hommes peuvent être sujets de droits.

Les hommes cependant ne sont pas les seuls à avoir la personnalité juridique.

En effet, ils se sont aperçus qu'il y avait des organismes dont l'activité ne consistait pas à procurer des avantages patrimoniaux pour leurs propriétaires ou pour eux-mêmes s'ils étaient sans maîtres, mais qui poursuivaient des buts d'ordre général dont profitaient toute une catégorie d'individus (club, syndicat) quelquefois même l'humanité toute entière (ligue contre l'alcoolisme), et dont il importait dans leur intérêt même d'assurer la conservation ou le développement en leur accordant cet ensemble de prérogatives appelées personnalité morale.

Prenons un exemple qui montrera par quel mécanisme ce privilège favorise la conservation et le développement d'un organisme. Voici un individu qu'un dévouement inlassable pousse à faire du bien à ses semblables. Il emploie son activité à créer des organismes poursuivant des buts d'ordre général et complètement désintéressés (hôpitaux, œuvres, etc...). Imaginons que le fondateur de ces œuvres vienne à mourir, ou plus simplement qu'à la suite d'un revers

de fortune ses biens passent à d'autres personnes. Il va s'ensuivre que : non seulement les ressources qui alimentaient les œuvres créées par lui, mais encore les biens qui formaient la structure de ces organismes deviendront la propriété de personnes qui, la plupart du temps, ne leur conserveront pas la même destination.

Comme cette éventualité est regrettable, le droit a fait en sorte qu'elle puisse être écartée à coup sûr. Il permet au fondateur dont il s'agit d'empêcher que le sort des œuvres qu'il a créées ne soit lié au sien, en mettant à sa disposition un procédé qui s'analyse très exactement en un affranchissement de l'œuvre.

De même que le Romain qui ne voulait pas laisser au caprice de ses héritiers le soin de procurer le bonheur d'un esclave aimé, lui assurait en l'affranchissant les prérogatives que le droit romain réservait aux individus possesseurs du *caput*, de même aujourd'hui le Français qui veut assurer la conservation d'une œuvre à laquelle il est attaché, la fait reconnaître d'utilité publique et lui procure ainsi l'indépendance et la protection réservées aux seules personnes juridiques.

Condition juridique d'une œuvre reconnue d'utilité publique. — Du moment où elle est reconnue d'utilité publique, l'œuvre a une vie indépendante de son fondateur.

Sans doute ce n'est pas l'œuvre elle-même qui exerce ses droits, puisqu'elle est atteinte d'une incapacité natu-

relle et totale d'exercice (1), mais ce n'est pas nécessairement son fondateur qui les exercera ; c'est généralement un conseil dont les membres sont remplacés automatiquement quand ils meurent, et ce conseil n'est pas un mandataire du fondateur mais un organe de l'œuvre qui se confond avec elle. Aussi il agit comme bon lui semble, il a tous les pouvoirs, n'a à rendre compte à personne de sa gestion. Cela ne veut pas dire qu'il peut agir à tort et à travers et nuire à l'œuvre ; car ses actes ne sont valables que s'ils se rattachent au but de l'œuvre ; c'est la règle connue sous le nom de principe de la spécialité, principe qui ne concerne que les établissements publics et d'utilité publique, justement parce que l'organe dirigeant de ceux-ci

1. Nous savons que la pleine capacité juridique comprend : 1° la capacité de jouissance ou l'aptitude à devenir titulaire de droits ; 2° la capacité d'exercice ou le pouvoir de mettre ces droits en valeur et de les transmettre à des tiers. Nous savons aussi que la capacité de jouissance peut se concevoir sans la capacité d'exercice, car le titulaire d'un droit peut être suivant les cas capable ou incapable de le faire valoir par lui-même. Les personnes atteintes d'une incapacité d'exercice sont ce qu'on appelle à proprement parler les « incapables ». Quant aux personnes atteintes d'une incapacité totale de jouissance il n'y a pas lieu d'en parler puisque ce ne sont pas des personnes ; en effet n'avons-nous pas montré qu'avoir la personnalité juridique c'est justement avoir la capacité légale de jouissance.

Or si comme nous l'avons montré plus haut, tous les organismes ont la capacité naturelle de jouissance puisque c'est leur propre d'être aptes à bénéficier d'un avantage, beaucoup d'organismes sont atteints (sans parler des incapacités légales d'exercice) d'incapacité naturelle d'exercice.

Cette incapacité naturelle d'exercice est même totale chez les organismes créés artificiellement par l'homme. C'est ainsi qu'un moteur, par exemple, n'a en lui-même ni les moyens physiques ou les organes nécessaires pour rechercher et se procurer ce qui est

n'étant maintenu par les termes d'aucun mandat, il a bien fallu cependant canaliser leur activité juridique dans un sens utile à ces établissements.

Mais c'est bien l'œuvre *elle-même* qui a la *jouissance des prérogatives* reconnues aux personnes, c'est elle qui est vraiment le sujet de droit : en effet, ses moyens d'existence ne lui sont pas fournis par son fondateur, ils lui proviennent tantôt de la rémunération de son travail (prix payé par les malades hospitalisés), tantôt comme ceux du rentier des revenus d'un patrimoine donné par le fondateur, parfois aussi les services rendus lui permettent de compter sur la charité publique comme le pasteur qui, consacrant sa vie à s'occuper des autres, vit de leurs aumônes. De plus, c'est elle qui est propriétaire de ses biens. A cet égard-là il est certain que le fondateur s'en est complètement dépouillé,

favorable à son fonctionnement et à son développement, ni d'autre part l'intelligence ni même l'instinct qui seraient susceptibles de le pousser et diriger dans cette voie ; en un mot il n'a rien qui lui permette de prendre une part si minime soit-elle dans l'exercice d'un droit.

Mais il n'en faut pas conclure que ces organismes ne peuvent pas être sujets de droits, et qu'ils ne sont pas aptes à occuper la scène juridique. En effet il est aussi faux de prétendre que l'acquisition d'un droit suppose nécessairement l'existence d'une volonté consciente et libre que de s'imaginer qu'un organisme pourvu d'une telle volonté est toujours une personne juridique ; ne voyons-nous pas d'une part l'esclave traité par le droit comme la plante la moins évoluée, et d'autre part l'enfant en bas âge, le fou, l'idiot jouir presque des mêmes droits que l'homme le plus intelligent

Lorsqu'un organisme a la jouissance d'un droit qu'il ne peut faire valoir lui-même, c'est un autre qui l'exerce pour lui et voilà tout, car il n'y a rien d'anormal à exercer un droit dont c'est un autre qui a la jouissance.

non seulement il en a perdu la propriété, mais encore il n'a gardé absolument aucun droit sur eux. Et cette vérité se manifestera d'une façon particulièrement tangible quand la fondation sera dissoute. A ce moment il est si vrai que le patrimoine de l'œuvre reconnue d'utilité publique appartient vraiment à celle-ci et que personne pas même le fondateur n'a conservé sur lui le moindre droit lui permettant de s'en faire attribuer une part, que pour ne pas le laisser dans la situation de biens sans maître, il est attribué à une œuvre similaire.

Il en est de même des biens d'une association ; il est bien évident qu'au moment de sa dissolution les membres ne peuvent prétendre au remboursement de leurs cotisations ; et d'ailleurs la loi du 1^{er} juillet 1908, art. 9, le dit clairement puisqu'elle donne tout pouvoir à l'assemblée générale — qui n'est soumise à aucune réglementation ni organisation et où par conséquent quelques membres présents pourront imposer leur volonté à des milliers de membres absents — pour fixer comme elle le voudra la dévolution des biens de l'association.

Or, nous croyons que lorsqu'au moment de la dissolution ou mort d'un organisme, personne ne peut normalement prétendre à aucun droit sur ses biens, cela prouve véritablement que c'était lui qui en était le propriétaire et par voie de conséquence qu'il avait la personnalité juridique puisque, comme nous espérons l'avoir montré, être une personne c'est être le sujet au moins d'un droit. Voici donc un caractère qui, s'il existait chez les sociétés, permettrait à coup sûr de dire que c'est une personne morale.

Comparaison proprement dite. — Voyons maintenant si la condition juridique des sociétés se rapproche de celle des personnes morales du droit français.

La raison qui fait accorder la personnalité juridique à un organisme n'existe pas chez les sociétés. — Tout d'abord la raison qui avait déterminé le droit à accorder aux fondations par exemple cette faveur exceptionnelle qui est l'attribution de la personnalité juridique ne nous semble pas exister ici.

Loin de poursuivre un but plus ou moins idéal en servant la cause d'une catégorie sociale d'individus, les sociétés par définition ne se proposent que de procurer à quelques individus appelés associés des avantages purement patrimoniaux. La distribution d'un dividende est l'unique raison qui détermine la formation d'une société.

Sans doute, de même que l'homme qui travaille dans le seul but de s'enrichir rend service à la collectivité en augmentant la somme des richesses, il est très fréquent que les sociétés accomplissent des travaux qui rendent les plus grands services à l'humanité ; c'est ainsi que les Compagnies de chemins de fer ont rendu à tout le monde les transports plus faciles et moins coûteux.

Mais c'est là une simple conséquence de l'activité déployée par les sociétés et non pas le but même qu'elles poursuivent. En effet, dire qu'une société a pour but par exemple d'exploiter une ligne de chemin de fer, c'est s'exprimer très imparfaitement. L'exploitation

n'est qu'un moyen de réaliser un but tout autre, commun à toutes les sociétés, à savoir : se procurer de l'argent pour le distribuer à ses membres, et non pas : au moyen d'argent poursuivre un but altruiste, c'est-à-dire ne procurant aucun avantage ni à ses membres ni même à la société.

En ce qui concerne notamment les Compagnies de chemin de fer c'est si vrai, qu'après avoir établi quelques lignes productrices, elles n'auraient certainement pas continué à en construire d'autres tout aussi utiles quoique moins rémunératrices si l'Etat ne les avait pas aidées en prenant à sa charge les travaux d'établissement les plus coûteux.

Dès lors, nous ne voyons pas pourquoi le même fonds de commerce, la même usine d'un côté resterait la propriété d'un individu, quand ils n'ont été créés que par un seul homme, et de l'autre mériteraient l'attention du législateur au point d'être dotés par lui de la personnalité juridique, uniquement parce qu'ils auraient été créés par plusieurs individus.

Au point de vue de la gérance. — Si la raison pour laquelle la loi reconnaît la personnalité juridique aux établissements reconnus d'utilité publique n'existe pas chez les sociétés, ce n'est pas le seul point qui les sépare et les règles juridiques relatives à leur fonctionnement présentent aussi entre elles de profondes différences.

Au point de vue des organes dirigeants nous constatons une antimonie complète.

La liberté d'action juridique est complète chez la

fondation, tandis que celle de la société est sous l'étroite dépendance de ces personnes juridiques que sont les associés.

Comme nous l'avons déjà dit, le gérant d'une œuvre d'utilité publique est maître de faire ce qui lui plaît. La seule limitation de ses pouvoirs qui résulte du principe de la spécialité n'est pas à proprement parler une limitation car elle ne le force à rendre compte de sa gestion à personne, c'est là simplement une règle destinée à empêcher le gérant de dénaturer l'œuvre ; en effet sans elle qui l'empêcherait de détourner l'œuvre de son but, peut-être même à son profit ?

Dans une société, au contraire, le gérant est le mandataire des associés, ses actes ne sont valables que s'ils sont autorisés par les termes du mandat, et il est responsable de ses fautes vis-à-vis des membres de la société.

Au moment de la dissolution. — Ensuite, si à la dissolution d'une fondation personne n'a aucun droit à faire valoir sur ses biens, ce qui semble prouver qu'elle en était bien propriétaire, quand une société prend fin il en est tout autrement. Non seulement les associés ont le droit de demander le partage du capital social, ce qui indique déjà qu'ils ont des droits sur lui, mais encore tout se passe comme si les anciens apporteurs, loin d'avoir aliéné leur mise à une autre personne la société, en avait conservé la propriété. En effet, la liquidation des ayants droit dans le capital se fait de la façon suivante :

« Chacun est alloti, non au prorata de son tantième
« dans les bénéfices, mais à proportion de son apport
« respectif. De deux associés qui ont apporté l'un
« 40.000, l'autre 60.000 francs, le capital étant toujours
« représenté par 100.000 francs, le premier recevra
« précisément 40.000 et le second 60.000 francs, c'est-
« à-dire que chacun fait la reprise de son apport soit
« en nature, soit en valeur. Les apports sont présumés
« tous avoir été faits en jouissance ou au moins en
« quasi-usufruit : thèse qui a été maintes fois défendue
« par les vieux auteurs et qui est en soi très juste, car
« l'associé ne se dessaisit pas irrévocablement de sa
« mise et compte bien la récupérer un jour.

« Ainsi s'éclaire plus d'une pratique : « 1^o maintien
« pour l'acte de partage de la franchise fiscale dont
« avait profité l'acte de société quant aux droits de
« mutation, pourvu que l'associé rentre dans l'objet de
« son apport, l'application de ces droits de mutation
« étant limitée au seul cas où ledit objet est mis dans
« le lot d'un autre ; 2^o le droit pour un apporteur de
« biens de reprendre ceux-ci, à l'exclusion de l'appor-
« teur de travail qui reprend de son côté l'industrie
« constituant sa mise. Comprendrait-on que ce dernier
« concourut au capital, en s'app'iquant une portion des
« biens provenant d'un co-associé ? Non. Donc, au fond
« il n'y a point partage... » (Thaller, *Tr. él. de dr. com-
mercial*, 7^e éd., n^o 470).

Et nous croyons qu'il y a dans la façon dont se répartit le fond social une différence si profonde, si essentielle et si caractéristique qu'à notre avis c'est en

elle qu'existe le véritable critérium permettant de faire la séparation si délicate entre les sociétés et les associations qui incontestablement sont des personnes morales. La doctrine est d'accord avec la jurisprudence pour estimer que la définition de la société donnée par l'article 1832, c'est-à-dire « mettre quelque chose en commun dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter », doit être interprétée d'une façon large, et que par les mots « partager les bénéfices » il faut entendre non seulement une distribution d'argent, mais encore « tout profit patrimonial au sens le plus large, à la seule condition qu'il ait un caractère positif » (Req., 25 avril 1910. S.1913.1.482).

Une telle extension était absolument nécessaire, sans quoi par exemple le contrat par lequel plusieurs individus mettent en commun des fonds destinés à faire construire un immeuble en vue d'occuper eux-mêmes les appartements, contrat qui est manifestement un contrat de société, n'aurait pu être considéré comme tel.

Mais cette extension aboutit à des résultats inadmissibles : c'est ainsi que les membres d'un cercle qu'ils ont fondé au moyen de leur cotisation ont formé une association et non pas une société ; et cependant le contrat qui les unit répond à la définition sus-indiquée du contrat de société puisque, exactement comme les personnes qui font construire une maison pour en occuper les appartements, ils mettent quelque chose en commun : leurs cotisations, en vue d'en retirer un profit matrimonial : la jouissance des installations du cercle.

Ceci prouve que ce critérium jurisprudentiel n'est

pas bon, et celui que nous proposons donne au contraire toute satisfaction.

Si nous reprenons les deux exemples déjà étudiés : un cercle est une association ayant la personnalité morale et non une société, parce que l'individu qui verse une cotisation pour faire partie d'un cercle ne pense pas une seconde qu'on pourra lui en rendre une partie, et s'il cesse d'en faire partie il n'est pas question pour lui de vendre à son remplaçant ses droits sur le patrimoine de l'association pour le cas où celle-ci à sa dissolution les partagerait entre ses membres. C'est à un semblable état de choses que répondent les règles qui régissent les associations : « en cas de dissolution... les biens de l'association seront dévolus conformément aux statuts, ou à défaut de disposition statutaire suivant les règles déterminées en assemblée générale » (art. 9 de la loi du 1^{er} juillet 1907), et en fait le plus habituellement on décidera que l'actif devra être attribué à une association poursuivant le même but.

Tandis que le groupement qui a pour objet la construction d'un immeuble et l'attribution privative d'appartement est une société, parce que celui qui met des fonds en sociétés pour obtenir la jouissance gratuite d'un appartement fait un sacrifice d'argent trop grand pour que ce ne soit pas en échange d'un avantage qu'il croit au moins équivalent. Il veut bien se dessaisir irrévocablement, si pour toujours lui ou ses héritiers doivent être logés gratuitement ; mais comme pour une raison ou pour une autre un obstacle peut toujours survenir et l'empêcher de profiter de l'avantage qu'il s'était assuré,

comme c'est ce qui arrivera quand notamment la société se liquidera, il faut qu'alors il puisse récupérer sa mise. Lorsqu'un associé contracte il n'entend rien donner, rien aliéner. Ou bien avoir la jouissance du dividende ou du profit escompté, ou bien pouvoir reprendre de ses apports, et en tous cas ne rien perdre, telles sont les intentions qu'on retrouve toujours chez ceux qui font un contrat de société et qui n'apparaissent pas chez ceux qui passent une convention d'association. Aussi les règles concernant la répartition des biens d'une société sont en accord avec cet état d'esprit ; c'est ainsi que les apporteurs en industrie et les porteurs de parts de fondateur n'ont aucun droit sur le fonds social. De plus, pour modifier l'attribution légale ou statutaire du fonds social non seulement la tenue de l'assemblée générale est soumise à des conditions de quorum et de majorité rigoureuses (que la loi n'impose pas quand il s'agit d'association), mais encore nous croyons qu'il y a là une modification qu'elle n'a pas le pouvoir de faire. Même en admettant qu'une telle modification ne puisse pas être considérée comme une augmentation des engagements des actionnaires — modification pour laquelle il faudrait l'unanimité (loi de 1867, art. 31 modifié le 22 novembre 1913) — la règle de l'unanimité des voix doit être adoptée malgré le silence de la loi du 22 novembre 1913 parce que cette modification est encore plus grave ; nul doute que l'attribution du fonds social à d'autres qu'aux associés ne soit la brèche la plus importante qui puisse être faite à leurs droits.

Ainsi la condition juridique des sociétés se différencie très profondément de celle des personnes morales du droit français. Par contre, présente-t-elle des analogies avec celle de l'esclave, c'est ce que nous allons examiner maintenant.

2. Comparaison avec l'esclave.

En droit romain l'esclave est une chose, un bien. Il est normalement la propriété d'une personne juridique et le droit de propriété du maître sur son esclave est le même que celui qu'il a sur un animal ou sur un objet. En conséquence, de même qu'il peut tuer ses animaux, il peut mettre à mort son esclave.

Or, première identité de condition, La société, cet organisme défini dans les statuts et créé par les associés, peut être désagréé par les associés. Rien ne les empêche de s'entendre pour la liquidation comme et quand ils le voudront, et même si elle a une durée illimitée la volonté d'un seul associé suffit à provoquer sa dissolution (art. 1869 C. civ.).

Ensuite, quoique considéré comme une chose, l'esclave n'en est pas moins un organisme, c'est-à-dire qu'il consomme et produit. Mais comme il n'a rien à lui et ne peut rien acquérir (1), c'est à son maître qu'ap-

1. Cela ne veut pas dire qu'en fait il n'ait rien à lui, que par exemple il ne se serve pas *en pratique* de ses vêtements tout comme une personne. Mais il est certain qu'*en droit* si n'importe quel citoyen s'en empare il n'y peut rien. Sans doute il pourra user de sa force pour les conserver, mais lors son adversaire va faire appel à la force publique et il aura le dessous.

Ce n'est que son maître qui pourra les lui faire rendre parce

partient ce qu'il consomme, c'est encore lui qui devient propriétaire de ce qu'il produit. Et il le devient non pas en vertu d'un contrat passé avec son esclave, mais en vertu du droit de propriété qu'il a sur ce dernier.

Et voilà une deuxième ressemblance : les bénéfices d'une société ne lui restent pas plus acquis qu'à l'esclave les produits de son travail, ils ne servent pas à augmenter son capital social ; normalement ils sont distribués aux associés sous forme de dividende. En outre cette attribution des produits du travail de la société ne résulte pas d'un contrat (*locatio operarum* ou mandat) passé par les associés avec la société. En effet un tel contrat serait nul parce que l'obligation de la société manquerait de cause. Où serait la cause, c'est-à-dire le profit qu'en retirerait la société ? Nous ne l'apercevons pas. Cette attribution, comme celle des produits de l'esclave à son maître, ne peut donc avoir son fondement que dans le droit de propriété qu'ont les associés sur l'organisme de la société.

Enfin l'esclave est un organisme particulièrement complet puisqu'il est pourvu de volonté et de raison. Aussi, à la différence des autres choses et même de certains autres organismes, il n'est pas seulement objet de droit, il peut ainsi faire des actes juridiques. Cependant puisqu'aucun droit ne peut naître en sa personne, qu'il ne peut être titulaire d'un patrimoine, ni être par

qu'ayant le droit de propriété sur eux, c'est lui qui va disposer de la forme sociale. En un mot, l'esclave peut avoir une possession de fait, il n'a jamais la propriété, c'est-à-dire le droit d'exiger que tout autre organisme s'abstienne de troubler sa détention.

lui-même le support de ses engagements, ses actes ne sont valables et n'engendrent des conséquences juridiques que s'il a un maître. C'est alors sur la tête du maître que se fixent les droits exercés par l'esclave, puisque c'est lui qui est poursuivi si ce dernier ne fait pas face à ses engagements.

La société elle aussi par l'organe de ses gérants ou administrateurs peut faire des actes juridiques. Ce faisant, le gérant d'une société n'agit pas en tant que mandataire de celle-ci, mais en tant que mandataire ou plutôt qu'employé des associés, si bien que ce sont les associés qui (normalement et réserve faite du cas où ils ont limité leur responsabilité) répondent sur leurs biens personnels des dettes sociales. L'analogie n'est cependant pas absolument complète si l'on va au fond des choses. En effet, l'esclave n'est pas réputé avoir agi au nom de son maître puisque le droit romain ne connaissait pas la représentation, et si c'est chez le maître que naissent les résultats juridiques des actes de l'esclave, c'est la conséquence de son droit de propriété. C'est en vertu de son droit même de propriété, et sans qu'il soit plus nécessaire de faire intervenir une idée de représentation, que les effets des actes juridiques de l'esclave se produisent en la personne de son maître (Girard, p. 676, n° 1). Tandis que si les effets des actes juridiques des gérants se produisent en la personne des associés, c'est parce qu'ils ont agi par représentation de ceux-ci.

Toutes ces analogies entre la condition juridique de l'esclave et celle des sociétés portent à croire que leur

situation juridique est identique et cette opinion se confirmera encore davantage lorsque nous aurons indiqué que par une coïncidence vraiment curieuse l'institution de l'esclavage fournissait à Rome un moyen commode pour : 1^o former une société ; 2^o limiter sa responsabilité dans une société ; 3^o conférer aux créanciers sociaux un droit de préférence sur le fonds social, en un mot pour réaliser presque toutes les combinaisons de société en usage dans notre législation.

Voici un esclave. Il est instruit et intelligent comme il y en avait beaucoup à Rome, si bien que son maître au lieu de lui faire exécuter n'importe quel travail manuel, préfère l'employer à des travaux plus rémunérateurs. Il lui donne un pécule, c'est-à-dire une universalité de biens qu'il aura à faire prospérer. Ce pécule, ce sera le navire dont il a le commandement ou un comptoir lointain à la tête duquel il est placé. Supposons qu'au lieu d'être la propriété d'un seul maître cet esclave et son pécule soient l'objet d'une propriété indivise entre plusieurs personnes et voilà une combinaison dont les résultats sont les mêmes que ceux qu'on obtiendrait aujourd'hui en formant une société. L'esclave c'est le gérant; le pécule, c'est le fonds social.

Et même, comme le maître n'était tenu des contrats passés par l'esclave à l'occasion de ce pécule que jusqu'à concurrence de son montant (*Action de peculio*. Girard, 6^e éd., p. 99 et 681) tout se passe comme si ces propriétaires indivis étaient des associés à responsabilité limitée.

Enfin, le pécule « que le maître laissait à l'adminis-

tration de l'esclave, tout en faisant partie en droit de la fortune du maître, acquérait en fait une existence distincte » (Girard, 6^e éd., p. 99), si bien qu'il « ne figurait pas dans la comptabilité du maître » (Girard, 6^e éd., p. 99 n° 1) comme le dit expressément ce fragment d'Ulpien (D. 15, 1, de pec., 5, 4) *quod servus domini permissu separatum a rationibus dominicis habet*. Ainsi le pécule est une universalité de biens qui tire son unité de son affectation, et cette universalité a ses créanciers propres qui tout au moins en matière de commerce peuvent se faire payer sur elle avant les créanciers personnels du maître (1).

III. — Conclusion.

De ce double rapprochement de la condition des sociétés avec celle d'une personne morale d'une part, avec celle d'un organisme non pourvu de la personnalité juridique d'autre part, se dégage la constatation suivante : autant les règles qui régissent le fonctionnement des sociétés ressemblent à celles qui gouvernent l'activité des organismes qui n'ont pas la personnalité civile, autant leur condition juridique présente des

1. Nous n'avons pas trouvé de texte visant directement ce droit de préférence des créanciers du pécule. Néanmoins, il nous paraît imposé par la séparation complète que le droit romain établissait entre le pécule et le patrimoine du maître (séparation qui permet d'admettre que le maître à qui le pécule appartenait en droit puisse en être créancier) et par le fait qu'il n'est qu'une compensation trop juste pour n'être pas nécessaire de la limitation de la responsabilité du maître aux forces du pécule.

différences et combien profondes avec celle des personnes morales.

D'une telle constatation, comme nous l'avons annoncé, une déduction s'impose : les sociétés n'ont pas la personnalité juridique.

C'est là d'ailleurs un principe qui, en dehors de toute autre considération, devrait s'imposer puisque nulle part la loi française n'accorde expressément la personnalité juridique aux sociétés.

En effet, la personnalité morale n'existe qu'en vertu d'une concession du législateur. C'est là une grande règle universelle dans le temps (le droit romain et notre ancien droit l'ont proclamé) et dans l'espace (même la législation anglaise si spéciale cependant la connaît), et notre droit français plus que tout autre proclame que la personnalité morale est un privilège qui n'existe pas sans une investiture de l'autorité.

C'est ainsi que la loi du 1^{er} juillet 1901 d'une façon expresse la concède globalement aux associations lorsqu'elles sont légalement constituées, et que même en ce qui concerne les Français qui, de toute évidence en sont pourvus, le Code civil dans son article 7 se donne la peine de dire : « Tout Français jouira des droits civils », c'est-à-dire a la personnalité juridique.

Il est donc bien naturel de penser que la loi, si elle avait voulu faire des sociétés des personnes morales, l'aurait dit expressément.

§ 2. — *La loi positive française ne commande pas d'admettre que les sociétés soient des personnes morales.*

Quant à nous donc, nous croyons que les sociétés ne sont pas des personnes morales, mais qu'elles sont tout simplement des organismes quelconques dont plusieurs personnes juridiques sont propriétaires indivis, et que le fonds social est un bien dans l'indivision.

1. — **Le droit français ne connaît pas qu'une seule sorte d'indivision.**

A une telle théorie on objecte habituellement que notre législation ne connaît qu'une sorte de propriété indivise dont les règles sont trop opposées à celles qui régissent les sociétés pour qu'elle puisse constituer à elle seule le droit des associés sur le fonds social. C'est ainsi que nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision et que cependant un associé ne peut imposer à l'autre la dissolution anticipée d'une société constituée pour un temps déterminé, qu'une convention d'indivision n'est valable que pour cinq ans et que cependant une société peut être fondée pour un temps beaucoup plus long, qu'enfin un propriétaire indivis ne peut rien faire sans l'adhésion de tous les propriétaires indivis et que cependant s'il n'y a pas eu désignation d'administrateur chaque associé peut faire des actes d'administration qui sont « valables même pour la part de ses associés » (art. 1859 C. civ.).

A cette objection nous répondons, que si nul n'est

tenu de demeurer dans l'indivision et que si les conventions de nature à la faire durer ne sont valables que pour cinq ans, c'est parce que l'état d'inertie qui est la conséquence presque inévitable de l'indivision ordinaire la rendrait intolérable si elle devait se perpétuer. En effet, pour prendre la moindre décision concernant les biens indivis il faut l'approbation et l'accord de tous les copropriétaires sans exception et une telle règle aboutissant à paralyser le fonctionnement des biens indivis, il importe au plus haut point qu'un tel régime demeure essentiellement précaire et puisse en tout état de cause être remplacé par celui beaucoup meilleur de la propriété individuelle.

Mais si tous les copropriétaires s'entendent pour donner à un gérant un mandat général d'administration de leurs biens indivis, il en résulte un nouveau statut de l'indivision aussi favorable à son fonctionnement et et même à son développement que celui de la propriété individuelle. Les motifs qui auparavant empêchaient de passer une convention d'indivision de plus de cinq ans n'existent donc plus, et il est par conséquent tout à fait logique et normal que la règle de l'article 815 disparaisse.

Or c'est ce qui se passe dans une société qui, si elle est — comme nous le prétendons — un organisme et un bien indivis, est néanmoins une indivision organisée.

Et parce qu'une société est organisée elle peut constituer un état stable, une modalité du droit de propriété destinée à durer et peut être établie pour un temps supérieur à cinq années.

En effet, au point de vue de la gérance il n'y a rien de commun entre le régime de l'indivision ordinaire et le régime sociétaire.

D'abord, comme nous l'avons dit, les règles relatives à la gestion des sociétés sont très différentes de celles qui concernent l'administration des biens indivis. Tandis qu'aucun acte matériel ou juridique relatif aux biens indivis ne peut être accompli qu'avec le consentement de tous les propriétaires, la société normalement est administrée par un gérant, en tous cas s'il n'existait pas, chaque associé peut à lui seul la gérer valablement (art. 1859).

Il y a plus : quand même les règles relatives à la gestion seraient dans les deux cas celles de l'indivision, une société n'en serait probablement pas pour cela condamnée à l'inertie qu'engendre presque nécessairement l'état d'indivision. La société est un état cherché tandis que l'indivision est un état subi. Il en résulte d'une part que les biens mis en société l'ont été en vue d'un but qui a lui seul exigera l'accomplissement d'une série d'actes dont la nécessité ne laissera place à aucune divergence au sujet de leur opportunité, d'autre part que les associés ont toujours entre eux une communauté de conception, une volonté de collaboration active, une estime mutuelle, toutes choses que les Romains ont résumées dans l'expression *affectio societatis*, et qui sont éminemment propres à provoquer un accord unanime au sujet de toutes décisions à prendre concernant les biens sociaux.

La corrélation entre la règle de l'article 815 et le

régime du *liberum veto*, et par conséquent la disparition du caractère temporaire de l'indivision quand celle-ci est organisée, n'est pas seulement logique parce qu'inspirée des motifs qui permettent à n'importe qui de sortir de l'indivision, mais encore elle a une base dans nos codes qui nous fournissent eux-mêmes deux exemples de leur étroit rapport.

Le Code de commerce dans son article 220 commence par indiquer que, contrairement à ce qui se passe en droit commun, en matière de copropriété maritime, pour tout ce qui concerne l'intérêt commun du navire, c'est l'avis de la majorité qui doit être suivi. Et comme corollaire de cette première règle ce même article 220 prononce une nouvelle dérogation au droit commun : la licitation du navire ne peut être accordée que sur la demande des propriétaires formant ensemble la moitié de l'intérêt total dans le navire.

Le deuxième exemple nous est fourni par le droit civil lui-même. Il prévoit un certain nombre de cas dans lesquels l'indivision doit être perpétuelle et où le copropriétaire ne peut par conséquent demander le partage parce que la chose indivise d'une part forme un tout qui ne peut être partagé et d'autre part ne peut être vendue, car ne pouvant servir qu'aux propriétaires, elle n'a guère de valeur que pour eux. L'exemple peut-être le plus typique est celui des papiers de famille qui forment un ensemble impartageable, et qui, tout en rendant d'immenses services à ceux qu'ils concernent, n'auraient aucune valeur entre les mains d'étrangers. Il y a bien d'autres biens qui sont dans ce cas : les

tombeaux de famille, les allées, cours, fosses, puits servant à l'exploitation commune, les gros murs, toits, escaliers, etc. des immeubles dont chaque étage est la propriété d'une personne différente, les murs mitoyens, etc.

Or, dans tous ces cas d'indivision perpétuelle, d'abord, comme en matière de société, la destination de la chose commune saute tellement aux yeux que les contestations au sujet des décisions à prendre ne sont pas à craindre, ensuite la jurisprudence et même la loi ont toujours reconnu à chaque copropriétaire une faculté beaucoup plus large d'user matériellement de la chose que n'en comporte l'indivision ordinaire. C'est ainsi que le propriétaire d'un étage peut creuser un placard dans un gros mur, que le copropriétaire d'une haie mitoyenne peut arracher les arbres qui s'y trouvent (art. 668), etc...

II. — Le droit français ne limite pas le nombre des droits réels.

Ainsi, nous croyons avoir réfuté la première objection à la théorie de la propriété collective du fonds social. Mais cette objection n'est pas la seule qu'on lui fasse, et voici encore une deuxième critique dirigée contre elle.

La loi, dit-on, a prévu un certain nombre de types de droits réels (art. 543 C. civ.) limitativement déterminés et il est impossible d'en créer capricieusement de nouveaux. Cela se comprend : les lois qui réglementent la propriété intéressent au plus haut point le crédit

public, l'organisation sociale et politique, et par conséquent tout ce qui se fait en dehors d'elles est contraire à l'ordre public. C'est d'ailleurs à ce titre que le régime de la propriété fait partie du statut réel et s'impose aux étrangers.

Or, ajoute-t-on, notre droit, en dehors des démembrements de la propriété qu'il prévoit (usufruit, servitude et emphytéose), ne connaît que deux modalités de la propriété : 1^o la propriété individuelle et 2^o la propriété indivise. Il ignore donc la propriété collective et nous n'avons pas le droit d'en supposer l'existence.

Une telle conception est à notre avis beaucoup trop absolue. Il est vrai que le régime de la propriété est impératif, mais il est inexact de dire qu'en dehors de la propriété individuelle notre législation ne connaît qu'une propriété indivise inséparable des règles qui la gouvernent et notamment de l'article 815. Pour le prouver, il nous suffirait de citer la copropriété du navire et la copropriété avec indivision forcée que nous avons déjà énumérées, et on peut ajouter bien d'autres modalités de la propriété qui sont visées dans nos lois : communauté conjugale, droit de secondes herbes, droit à l'évolage ou à l'assec (loi du 21 juillet 1856), droits de superficie et de tréfonds (loi du 8 février 1897 sur le bail à covenant ou domaine congéable).

D'ailleurs, cette conception de l'énumération limitative des droits réels est interprétée d'une façon beaucoup trop large, et il faudrait, à notre avis, la limiter aux idées suivantes :

1^o Le droit de propriété sur une chose subit un cer-

tain nombre de restrictions dans l'intérêt public, restrictions qui s'imposent à tout propriétaire ;

2° Le droit de propriété ainsi restreint comprend une foule d'attributs ; or rien ne m'empêche de conférer ces attributs à une personne, soit quelconque, soit prise en sa qualité de propriétaire d'une autre chose. Ce faisant, je démembre mon droit de propriété, je constitue sur ma chose un droit réel, ce terme étant pris dans son sens étymologique.

Cependant, le Code, dans le but d'éviter le retour à une organisation politique condamnée par la Révolution française, apporte ici une double limitation :

a) Le propriétaire d'une chose peut s'engager à *ne pas faire* un acte que son droit de propriété lui permettrait d'accomplir, mais il ne peut pas s'engager, lui, en tant que propriétaire d'une chose, et ceux qui après lui seront propriétaires, à *faire* quelque chose (art. 686).

b) Le propriétaire d'une chose ne peut démembre son droit de propriété au profit d'une personne qui n'est pas prise en sa qualité de propriétaire d'une autre chose (fonds dominant) (art. 686) à moins que ce démembrement ne soit pas perpétuel (ex : usufruit, droit d'usage, droit du preneur à bail) (1).

3° Si l'on envisage plus particulièrement la propriété immobilière, il existe un certain nombre de démembrements qui, parce qu'ils absorbent la plus grande

1. Sans doute le bail est considéré comme un droit de créance, mais au fond c'est un droit réel, tout au moins au sens étymologique du terme, c'est-à-dire un droit qui porte directement sur la chose.

partie des avantages du droit de propriété, ne sont pas, contrairement à cette grande règle fondamentale *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*, opposables aux acquéreurs de ce droit de propriété, s'ils n'ont pas été annoncés aux tiers par leur transcription. Ces droits sont toutes les servitudes réelles (établies au profit d'un individu en tant que propriétaire d'un fonds déterminé) et, parmi les servitudes personnelles : l'usufruit, le droit d'usage, les baux de plus de dix-huit ans, les cessions de loyers de plus de trois ans.

Or, ce sont *seulement ces droits réels* qui, parce qu'ils ont un statut d'exception, sont *limitativement* énumérés; et la loi française dit simplement ceci : ne seront opposables à l'acquéreur d'un droit de propriété que s'ils ont été publiés, les seuls démembrements suivants : usufruit, servitude, etc...

De plus, ceci se déduit de ce que les exceptions à une règle générale comme celle *nemo plus juris...* ne peuvent être étendues, et nous ne croyons pas que ce soit l'article 543 qui commande cette solution.

En effet, cet article dit simplement : « On peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou simplement des services fonciers à prétendre. » C'est-à-dire qu'on peut avoir sur une chose un droit de propriété, soit complet (abstraction faite des limitations apportées dans l'intérêt public), soit démembré au profit d'une personne, soit enfin démembrée au profit d'une personne prise en sa qualité de propriétaire d'une autre chose. Cet article divise

les droits réels, il ne les énumère pas, et il en limite encore moins le nombre.

Sa place vient renforcer cette opinion. Il se trouve à la fin du titre I du livre II et annonce : le titre II « De la propriété », le titre III « De l'usufruit, de l'Usage et de l'Habitation » (servitudes personnelles), et le titre IV « Des servitudes ou services fonciers » (servitudes réelles).

Si, comme nous le croyons, telle est la conception de la loi française relativement à la propriété et aux droits réels, nous ne voyons vraiment pas en quoi elle condamnerait cette modalité de la propriété : la propriété collective que nous avons définie.

III. — Certaines règles relatives aux sociétés qu'on considère comme de simples conséquences de leur personnalité morale, peuvent s'expliquer indépendamment de l'idée de personnalité juridique : le capital social est le gage exclusif des créanciers sociaux.

Une troisième critique que l'on adresse encore à ce système de la propriété collective, c'est qu'il n'explique pas un certain nombre de règles qu'on considère habituellement comme de simples conséquences de la personnalité morale des sociétés. Ces règles sont les suivantes : 1^o affectation exclusive des biens de la société aux créanciers sociaux ; 2^o représentation de la société en justice par ses administrateurs ; 3^o acquisition par la société d'un domicile ; 4^o application du régime légal de la faillite à une société ; 5^o caractère mobilier du droit de l'associé, etc...

M. Thaller, qui dans son *Traité de droit commercial* s'est montré un brillant défenseur de la thèse contraire à celle de la réalité de la personnalité morale des sociétés, est arrivé à trouver à toutes ces règles d'excellentes justifications (n^{os} 299 à 316). La question à laquelle nous arrivons se trouve ainsi avoir été complètement traitée par lui avec une science et un talent tels, que nous la considérons comme complètement maîtrisée et définitivement résolue. Nous nous bornerons donc à renvoyer à sa puissante argumentation et c'est à peine si nous dirons quelques mots sur la plus importante de ces règles, que voici : le patrimoine de la société sert de gage exclusif aux créanciers sociaux.

Cette solution, quoique nos codes ne la formulent expressément nulle part, comme le font certains textes étrangers, présente de tels avantages qu'il ne peut être question de la méconnaître. Et c'est peut-être avant tout parce qu'elle est extrêmement facile à expliquer si l'on en fait une simple conséquence de ce que la société a une individualité juridique distincte de celle de ses membres, que — de l'aveu même de M. Lyon-Caen, un des plus chauds partisans de la personnalité des sociétés. — le caractère de personne morale est habituellement reconnu aux sociétés (Lyon-Caen et Renault, *Tr. dr. com.*, t. II, 1^{re} partie, n^o 109).

Cette solution peut cependant se justifier autrement, puisque certaines lois étrangères la consacrent sans pour cela reconnaître la personnalité des sociétés auxquelles elle s'applique (Code de commerce hongrois, art. 77, 1^{er} alinéa ; loi anglaise de 1883 sur la faillite,

Bankruptcy act. 46 et 47 Victoria, chap. LII, art. 40, alinéa 3 ; Code fédéral suisse des obligations, art. 566). Et nous allons voir qu'en France le droit exclusif des créanciers sociaux sur l'actif social s'explique très bien même pour ceux qui, comme nous, ne croient pas à la réalité de la personnalité juridique des sociétés.

Commençons par remarquer que, sans admettre que la société ne forme pas un être juridique distinct des associés et en vertu des principes généraux, les créanciers personnels n'ont pas sur le patrimoine social un droit de saisie de nature à préjudicier aux créanciers sociaux.

En effet, les créanciers personnels des associés ne peuvent avoir plus de droits que leurs débiteurs ; ils sont donc obligés de respecter tous les contrats passés sans fraude par leur débiteur et par conséquent même ceux qui ont lieu au sujet des biens sociaux.

Ces contrats sont, nous l'avons déjà vu, de deux sortes : 1^o une convention d'administration. Chaque associé a donné soit aux autres, soit à l'un d'entre eux, soit même à un tiers, un mandat de faire sur les biens sociaux tous les actes nécessaires à la réalisation du but donné à la société, et surtout a promis de ne pas révoquer ce mandat tant que durera la société ; 2^o une convention d'indivision (dont la validité est subordonnée à la précédente V. *supra*, p. 92).

Cette situation se traduit par les résultats pratiques suivants :

1. — Les créanciers personnels ne peuvent saisir les biens sociaux.

a) *Cas d'une saisie pratiquée sur la quote-part d'un bien déterminé.* — Un créancier personnel peut bien saisir la quote-part indivise de son débiteur *dans un immeuble* de la société par exemple, puisque son droit de gage s'étend sur elle. Mais, pas plus que son débiteur, il n'en peut demander le partage par l'action *communi dividendo* (1). Va-t-il alors pouvoir vendre le droit indivis par lui-même ?

A cette question on pourrait répondre non en s'appuyant sur les articles 2205 (2) du Code civil et 608 (3)

1. Certains auteurs voudraient que conventions suspensives de partage ne puissent être opposées aux créanciers des propriétaires indivis ; ils appuient leur opinion sur l'article 2092 qui donne aux créanciers un droit de gage général sur les biens de leur débiteur, et sur l'article 2205 qui empêche les créanciers d'un cohéritier de mettre en vente avant le partage de part indivise dans les immeubles d'une succession. Tel n'est pas l'avis de MM. Aubry et Rau qui considèrent que le droit de gage et celui de provoquer le partage pour arriver à la saisie sont quant à leur exercice subordonnés sauf le cas de fraude à l'exécution des conventions licites que leur débiteur peut avoir conclues. C'est aussi notre opinion parce que nous n'apercevons ici aucun principe qui puisse faire échec à cette règle très générale que les créanciers ne peuvent avoir plus de droits que leur débiteur, règle qui fait même dire quelquefois un peu inexactement d'ailleurs que les créanciers sont au nombre des ayants cause à titre universel de leur débiteur ou que le débiteur lorsqu'il agit représente ses créanciers chirographaires.

2. Art. 2205 du Code civil : « Néanmoins la part indivise d'un cohéritier dans les immeubles d'une succession *ne peut être mise en vente par ses créanciers personnels*, avant le partage ou la licitation qu'ils peuvent provoquer s'ils le jugent convenable ou dans lequel ils ont le droit d'intervenir conformément à l'article 882 au titre de successions. »

3. Art. 608 du Code de proc. civ. : « Celui qui se prétendra pro-

du Code de procédure civile qui prohibent la mise en vente par les créanciers de biens indivis. Cependant, nous signalons seulement cet argument et nous ne nous y arrêtons pas parce qu'il prête trop à la critique ; c'est ainsi qu'on peut lui objecter que les articles 2205 et 608 ne prévoient pas le cas où l'on se trouve en face d'une convention d'indivision.

Et nous croyons que pour savoir si les créanciers personnels d'un associé peuvent vendre le droit indivis de leur débiteur sur un immeuble social, il est préférable de se demander si l'associé a ce droit, puisque ses créanciers chirographaires ne peuvent avoir à cet égard que les mêmes droits que leur débiteur.

Un associé peut-il donc en sa qualité d'associé aliéner sa quote-part indivise sur un immeuble social ?

Pothier répondait oui : « Un associé ne peut aliéner ni engager les choses dépendant de la société, si ce n'est pour la part qu'il y a. »

« Il ne le peut en sa qualité d'associé, mais le pourrait-il s'il était administrateur des biens de la société ? » (Pothier, *Traité du contrat de société*, chap. V : « Du droit qu'a chacun des associés dans les choses dépendant de la société », § 89, 4^e maxime).

Le Code civil employant presque les mêmes termes semble faire la même réponse par son article 1860 : « L'associé qui n'est point administrateur ne peut aliéner ni engager les choses mêmes mobilières qui dépendent de la société. »

priétaire des objets saisis ou de *partie d'iceux*, pourra *s'opposer à la vente* par exploit signifié... »

Cependant de ce que cet article n'a pas reproduit les mots de Pothier : « Si ce n'est pour la part qu'il y a. » M. Lyon-Caen (*Traité de droit commercial*, t. II, 1^{re} partie, n° 116 bis) et M. Thaller (*Traité élémentaire de droit commercial*, n° 290) en ont déduit que l'article 1860 a établi ici une règle contraire à Pothier et qu'aujourd'hui un associé ne peut aliéner les choses sociales même pour la part qu'il y a.

Quant à nous, nous sommes d'un tout autre avis et nous croyons que l'article 1860 a voulu tout simplement reproduire la règle énoncée par Pothier. S'il avait voulu qu'il en soit autrement, loin de se contenter de supprimer une phrase incidente, il aurait certainement précisé sa pensée en ajoutant à la défense d'aliéner les mots « même pour la part qu'il y a ».

D'ailleurs, si, comme nous le pensons, les associés sont propriétaires indivis du fonds social, il faut bien qu'il en soit ainsi, car une des caractéristiques du droit de propriété, c'est de pouvoir être vendu.

Seulement il y a une grande maxime du droit dont il convient de faire ici application : *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*. Si donc le membre d'une société peut vendre son droit de propriété sur sa quote-part dans un immeuble social, son ayant cause à titre particulier ne pourra acquérir que le droit qu'avait son vendeur, c'est-à-dire un droit de propriété qui, comme nous l'avons dit, subit les restrictions résultant des deux *conventions d'indivision et d'administration* que contient tout contrat de société et qui se trouve *amputé d'une charge au profit des autres*

associés, charge qui continuera à grever la quote-part de l'immeuble en question, quelles que soient les mains qui en deviendront propriétaires. Et cela en vertu du droit de suite que comporte tout droit réel.

Mais, va-t-on dire, les conventions d'indivision et d'administration auxquelles nous faisons allusion, ne font pas naître un droit réel opposable à l'acquéreur d'une quote-part indivise d'un immeuble social, elles n'engendrent qu'un droit personnel de créance contre l'associé qui a vendu sa quote-part. Comme le contrat d'assurance contre l'incendie d'un bien, elles sont des contrats qui sont sans doute motivés par l'existence d'un droit de propriété appartenant à l'une des parties, mais qui ne réagissent pas sur ce droit qui ne s'y incorporent pas, et c'est pour cela que l'acheteur d'un bien assuré par son vendeur n'aurait droit à aucune indemnité si sa chose venait à se perdre.

Ce raisonnement est faux.

Le droit pour un individu d'exiger le respect des conventions d'indivision et d'administration passées au sujet de la chose dont il est propriétaire indivis est bien un droit réel portant sur les quotes-parts indivises des autres copropriétaires et non un droit de créance à l'encontre de ces derniers. Voici pourquoi : ce droit n'est pas seulement motivé par l'existence des autres quotes-parts indivises, il touche véritablement à la constitution et à l'étendue du droit de propriété qu'ont sur ces quotes-parts leur propriétaire. Ce droit comprend normalement celui de demander le partage, celui de révoquer tout mandat d'administration. Enlever

ces deux droits au droit de propriété, c'est le restreindre, c'est le démembrer au profit de quelqu'un, c'est donner à cette personne sur la quote-part objet du droit de propriété un droit réel ou ce qui est la même chose une servitude.

C'est parce que le contrat d'assurance quoique passé relativement à un bien ne retire à son propriétaire aucune des prérogatives contenues dans son droit de propriété, qu'il ne fait pas naître un droit réel (1).

Nous nous trouvons donc bien en présence d'une servitude constituée sur les quotes-parts d'un bien. Mais cela ne nous dit pas si cette servitude est réelle, c'est-à-dire établie au profit des autres quotes-parts, ou personnelle, c'est-à-dire constituée comme l'usufruit ou le droit d'usage au profit d'une personne déterminée.

Nous croyons au caractère de réalité de cette servitude pour la raison suivante : la charge de ne pas demander le partage et celle de ne pas révoquer le mandat d'administration imposé au propriétaire d'une quote-part indivise sont d'une nature telle qu'elles ne peuvent profiter qu'aux propriétaires des autres parts indivises et en tant que propriétaires. Quel intérêt un actionnaire qui aurait vendu son titre aurait-il à s'opposer à une demande en partage à laquelle acquiesceraient tous les autres actionnaires restants ?

Donc, nul doute à cet égard, la quote-part indivise

1. Nous savons bien qu'il existe en France un certain flottement sur la question de savoir si un droit est personnel ou réel, mais nous sommes persuadés que le critérium doit en être cherché ni dans les précédents historiques, ni dans nos codes, mais uniquement dans le sens de ces deux mots : droit réel.

de chaque associé sur un bien déterminé de la société est grevé d'un droit réel même plus exactement d'une servitude réelle au profit des autres quotes-parts de ce bien, servitude qui en vertu de la maxime *nemo plus juris...* continue à la grever quel que soit l'individu qui en devient propriétaire.

Hâtons-nous d'ajouter que la maxime *nemo plus juris ..* n'est ici applicable que si notre droit n'en décide pas autrement, comme il le fait quelquefois dans l'intérêt de la sécurité des transactions et du crédit public. C'est ainsi que si le propriétaire d'un meuble vend celui-ci à primus, puis le revend et le livre à secundus, la règle *nemo plus juris...* devrait permettre à primus de revendiquer le meuble à secundus qui n'a pu acquérir sur lui un droit de propriété que son vendeur n'avait plus ; et cependant, l'article 1141 du Code civil en décide autrement (1).

Or, tel est bien le cas en face duquel nous nous trouvons puisque la loi du 23 mars 1855, articles 2 et 3, décide que le vendeur d'une chose qu'il a grevée de servitude la transmet franche et quitte de ce droit si l'acte de constitution de servitude n'est pas publié ou est transcrit postérieurement à l'acte de vente.

Il est vrai que dans le cas envisagé cette entorse à la règle *nemo plus juris* n'a guère d'intérêt pratique. En effet, la mise en société d'un immeuble étant tou-

1. « Si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à deux personnes successivement est purement mobilière, celle des deux qui a été mise en possession réelle est préférée et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu toutefois que la possession soit de bonne foi. »

jours transcrite, du même coup les servitudes d'indivision et d'administration seront publiées et par conséquent seront toujours opposables comme si notre principe *nemo plus juris...* régnait en maître souverain.

Dès lors, puisqu'un associé peut vendre sa quote-part sur un immeuble de la société, il n'y a pas de raison de refuser ce droit à son créancier personnel qui aura saisi cette quote-part. Mais il n'y a pas besoin d'aller bien loin pour s'apercevoir que ce droit est parfaitement illusoire, car ce créancier n'a pas la moindre chance de trouver un acheteur. La situation de ce dernier serait en effet la suivante. D'abord devenu copropriétaire d'un immeuble il n'en pourrait demander le partage et devrait en laisser l'administration à ceux désignés dans l'acte de société puisqu'il n'est que l'ayant cause de l'associé saisi. Mais ensuite et surtout quant au moment de la dissolution de la société le partage s'effectuait, il courrait le risque de se voir évincé en vertu de la règle de l'effet déclaratif du partage.

Conclusion : sur un bien déterminé du fonds social les créanciers personnels ont un droit de saisie purement théorique qui n'offre aucun intérêt pratique.

Tout autre est la situation des créanciers sociaux. Leur créance née d'un acte du gérant, c'est-à-dire du mandataire des associés est due par ceux-ci, les mandants, qui sont en la circonstance des débiteurs conjoints, chacun devant payer une part proportionnelle à sa mise dans le fonds de la société (1). C'est bien à cette

1. L'article 1863 du Code civil semble dire que chaque associé

situation que les créanciers sociaux se conforment lorsqu'ils saisissent un immeuble social. En effet, ce qu'en réalité ils saisissent ce sont les quotes-parts indivises de chaque associé sur l'immeuble, parts qui se trouvent tout naturellement proportionnelles à la mesure dont chaque associé est tenu.

Naturellement, ces créanciers peuvent vendre l'ensemble de ces quotes-parts tout comme pourraient le faire chacun de leur débiteur pour sa part, et si à la suite de cette vente les servitudes d'indivision et d'administration n'existent plus, contrairement à ce qui se passerait si les créanciers étaient personnels à l'un des associés, c'est uniquement parce que le même individu devenant propriétaire à la fois de toutes les quotes-parts, les servitudes qui pesaient sur les unes au profit des autres se trouvent éteintes par la réunion sur la même tête du droit de propriété des fonds dominant et des fonds servant.

Voici donc le droit des créanciers personnels relativement à un bien déterminé, en l'espèce relativement à un immeuble de la société, et nous voyons que le droit des créanciers personnels restreint comme celui de leur débiteur par le droit des autres associés, ne porte aucun préjudice au droit des créanciers sociaux

est tenu non proportionnellement à sa mise, mais pour une part virile : « Les associés sont tenus envers le créancier avec lequel ils ont contracté, chacun pour une somme et part égales, encore que la part de l'un d'eux dans la société fut moindre, si l'acte n'a pas spécialement restreint l'obligation de celui-ci sur le pied de cette dernière part. » C'est là mal interpréter cet article qui vise seulement le cas où les associés traitent en leur nom propre et non pas en qualité ni par référence à l'acte de société

qui, créanciers de tous les associés à la fois, ont un droit qui n'est tempéré par aucun de ceux-ci.

b) *Cas d'une saisie sur la quote-part du capital social.*

— Si maintenant nous examinons le droit des créanciers personnels *non plus sur un bien de la société*, mais sur tout *l'actif social* pris en bloc, nous allons voir que ce droit quoique susceptible de leur donner des satisfactions pécuniaires beaucoup plus certaines, ne porte encore aucune atteinte au droit exclusif des créanciers sociaux sur l'actif social.

Lorsqu'un créancier personnel a saisi en bloc la copropriété de son débiteur sur les biens sociaux, il peut la vendre comme s'il s'agissait de la quote-part de son débiteur sur un bien déterminé, mais contrairement à ce qui se passerait dans ce dernier cas, il va pouvoir en trouver un acheteur et pour un bon prix. Sans doute l'acheteur de cette copropriété verra son acquisition soumise aux servitudes d'indivision et d'administration, mais lorsque la société prendra fin il ne courra pas le risque de se voir dépossédé de tout par l'effet déclaratif du partage parce que, ne laissant plus à son vendeur l'associé saisi aucun droit dans la société, il se trouve ainsi substitué à la situation que ce dernier occupait dans la société.

C'est à cette saisie globale que procède le créancier qui met la main sur une « action » de son débiteur et qui la vend aux enchères.

Cette opération n'est pas moins possible lorsqu'il s'agit d'une société par intérêt où le titre d'associé est

personnel. En effet l'article 1861 (1) du Code civil permet à un associé en nom de vendre sa part. La seule différence, c'est que dans une telle société l'associé primitif a une part importante et personnelle dans les décisions à prendre concernant la marche de la société, il est en quelque sorte un des administrateurs. Mais puisque l'adjudicataire d'une part de cette société ne peut en raison de la servitude d'administration qui pèse sur sa copropriété révoquer le mandat de son vendeur, rien ne sera changé vis-à-vis des autres associés et nous ne voyons pas ce qui s'opposerait alors à la saisie et à la vente d'une part d'intérêt par les créanciers personnels d'un associé en nom.

Par conséquent, le droit de saisie des créanciers personnels, en admettant qu'il existe malgré les articles 2205 et 608 du Code procédure civile et quelle que soit la façon dont il est envisagé, ne peut porter la moindre atteinte au droit exclusif des créanciers sociaux sur l'actif social.

D'ailleurs, M. Lyon-Caen, pour lequel la personnalité des sociétés ne fait aucun doute, va même jusqu'à reconnaître que, sans qu'il soit nécessaire d'admettre qu'une société forme une personne juridique indépendante de ses membres, les seuls principes généraux ne

1. Article 1861 : « Chaque associé peut sans le consentement « de ses associés s'associer une tierce personne relativement à la « part qu'il a dans la société : il ne peut pas sans ce consentement « l'associer à la société, lors même qu'il en aurait l'administration. »

Cet article vise la convention de croupier qui en réalité est la vente par un associé en nom de toute sa part ou d'une partie de celle-ci.

permettent pas aux créanciers personnels de saisir les biens sociaux.

« Dans une société, qui ne forme pas une personne civile, dit-il, les créanciers personnels d'un associé ne sauraient avoir plus de droits que leur débiteur, ils ne peuvent donc agir au détriment de ses coassociés, faire saisir sa part dans les biens sociaux, etc... » (Lyon-Caen, *Tr. de dr. com.*, t. II, 1^{re} partie, § 109).

2. — Les créanciers personnels ne peuvent concourir avec les créanciers sociaux sur le prix d'un bien social.

Seulement, le droit exclusif des créanciers sociaux sur l'actif social entraîne une deuxième conséquence. Jusqu'à présent, nous avons dit que si les créanciers sociaux peuvent saisir les biens de la société, les créanciers personnels n'en ont pas le droit ou tout au moins ne le peuvent qu'en s'arrangeant pour n'apporter aucune entrave à la marche de la société.

Mais si nous supposons maintenant que les créanciers sociaux ont vendu un bien social, comment expliquer que les créanciers personnels d'un associé ne puissent concourir avec eux sur une partie du prix de vente proportionnelle à la mise de leur débiteur dans le fonds de la société. Généralement on estime que cette solution ne peut se comprendre que si l'on admet la personnalité civile des sociétés. Sans cela, quand les créanciers sociaux font vendre un bien social, ne pas permettre aux créanciers personnels d'un associé de concourir sur la partie du prix qui correspond au droit de copropriété de leur débiteur, c'est, dit-on, donner un

privilège aux créanciers sociaux. Or, ce privilège, nos lois ne mentionnent nulle part et il est impossible de le supposer puisqu'il n'y a pas de privilège sans texte.

Tel n'est pas notre avis. Nous ne croyons pas que l'impossibilité pour les créanciers personnels de concourir sur le prix d'un bien social ne puisse résulter que de la personnalité des sociétés ou de l'existence d'un privilège.

Il y a seulement que le prix d'un bien de la société vient prendre la place de la chose vendue parce que c'est là un cas de subrogation réelle à titre universel, une application de la règle *In judiciis universalibus pretium succedit loco rei et res loco pretii*. Nul doute, en effet que les biens sociaux ne forment une universalité.

Dans ces conditions, la partie du prix qui correspond au droit de copropriété d'un associé est grevée de la même servitude d'administration que la quote-part de la chose vendue qu'elle représente, et les créanciers personnels, pas plus que l'associé leur débiteur, ne peuvent empêcher que cette partie du prix ne soit employée, en payant les créanciers sociaux, à la réalisation du but donné à la société.

IV. — Les sociétés n'ont pas de nationalité.

Il y a enfin une autre attaque qu'on lance contre le système de la propriété collective. Ses auteurs la croient formidable et se figurent qu'à son simple énoncé notre théorie doit s'écrouler complètement.

Les sociétés, disent-ils, ont une nationalité : d'abord, la loi l'a dit formellement puisqu'elle détermine le sta-

tut des « Sociétés étrangères » dans la loi du 30 mai 1857 ; ensuite le simple bon sens veut qu'il en soit ainsi sinon à quo s'en rapporterait-on pour déterminer la loi que ces sociétés doivent observer tant pour se constituer que pour fonctionner.

Or, si l'on nie que les sociétés soient des personnes juridiques, il en faut bien conclure :

1^o Qu'elles n'ont et ne peuvent avoir de nationalité et que par conséquent on va à l'encontre de la loi qui parle de la nationalité des sociétés.

2^o Qu'on est dans l'impossibilité de déterminer à quelle loi la société obéira si (comme c'est la plupart du temps le cas) ses membres sont de nationalités différentes.

Quant à nous, loin de considérer cette argumentation comme décisive, nous allons d'abord constater :

1^o Que les théories en vigueur conduisent parfois à des résultats absurdes quoique commandés par la logique juridique.

2^o Nous démontrerons que nos lois n'ont jamais dit que les sociétés ont, comme les hommes, une nationalité et que par conséquent nos principes ne sont pas en contradiction avec elles.

3^o Nous verrons enfin que les conséquences auxquelles fait aboutir notre système seraient beaucoup plus satisfaisantes que celles entraînées par les conceptions actuellement accréditées.

1. — Les théories en vigueur conduisent quelquefois
à des résultats inadmissibles.

Jusqu'à ces dernières années et avec quelques légers tempéraments encore aujourd'hui, on a toujours admis que les sociétés avaient une nationalité qui était celle de leur siège social réel. On partait de ce principe que faute de pouvoir régler la nationalité d'une société comme celle d'un individu par la filiation (*jus sanguinis*) il fallait la déterminer par son attache au territoire (*jus soli*), et d'autre part on se conformait à l'idée qu'à défaut du lien du sang, le domicile constitue pour une personne l'élément prédominant de son statut.

Comme on le voit, en l'absence de tout texte existant sur ce point en droit français personne n'hésitait à faire abstraction de la nationalité et du domicile personnel des membres d'une société. Quoi d'étonnant puisque l'on commençait par admettre qu'à côté de ses membres la société était une personne distincte et supplémentaire.

Déjà ce système, dont la guerre de 1914 allait mettre en relief toutes les tares, s'était sur un point déjà manifesté en défaut.

Le régime de très grande liberté auquel il aboutissait pour les sociétés étrangères permettait à celles-ci de se livrer à une concurrence mortelle pour celles de nos sociétés envers lesquelles notre législation se montrait particulièrement exigeante. C'est ainsi que les succursales des sociétés anglaises d'assurance sur la vie faisaient à nos sociétés une concurrence rendue intolérable

par suite de la liberté de placement de leurs réserves.

Pour remédier à cette situation une disposition légale (loi du 17 mars 1905) intervint et mit fin à cette inégalité (1). Et cependant une semblable intervention législative n'était-elle pas la condamnation du système d'alors sur la nationalité des sociétés; en effet du moment qu'il déclarait étrangère la nationalité d'une société, ne devait-il pas la laisser se constituer et fonctionner d'après sa loi puisque — conformément aux règles du statut personnel — la capacité d'un être juridique se détermine conformément à la loi nationale de cette personne et cela même dans les autres Etats où elle viendrait à se prévaloir de son existence.

Quoi qu'il en soit personne ne pensa que la situation fâcheuse créée par le système d'alors sur la nationalité des sociétés pouvait être le résultat de son insuffisance. Il demeura donc le même (2) et serait probablement resté intangible si l'expérience de la grande guerre ne l'avait fortement ébranlé.

1. Au point de vue fiscal aussi, le critérium du siège social avait montré son insuffisance. C'est ainsi qu'un décret du 6 septembre 1872 avait déclaré que même les sociétés dont le siège social n'était pas en France seraient soumises à la taxe sur le revenu.

2. Il donna même satisfaction et cela s'explique par la raison suivante : comme le siège social est notamment le lieu où se tiennent les assemblées générales, c'est-à-dire où habitent généralement les associés, le critérium du siège social aboutit à donner à une société la même nationalité que celle de ses membres et c'est ainsi que les résultats auxquels il conduit sont la plupart du temps semblables à ceux qu'imposerait le système plus réaliste qui est le nôtre et qui consiste à ne tenir compte que de la nationalité des associés.

En temps de paix, si logiquement les étrangers devraient être, comme aux temps antiques, privés du bénéfice de la loi locale, en fait il en est tout autrement. Toujours la législation d'un pays assure (à l'exception des droits politiques) aux étrangers la jouissance des mêmes droits que ses nationaux, pour que ceux-ci et par mesure de réciprocité puissent dans les pays étrangers bénéficier de la protection de la loi locale. Aussi dans les affaires d'intérêts comme dans toutes celles qui concernent les sociétés, la question de nationalité n'a qu'un rôle insignifiant et peut être résolue arbitrairement.

Mais en temps de guerre, la situation est renversée. Les privilèges accordés aux nationaux sont trop forts et les atteintes portées aux intérêts ennemis sont trop considérables pour qu'on puisse sur une question de nationalité se contenter d'une solution bâtarde et l'on est bien forcé de mettre les principes de cette matière en accord avec les réalités pratiques.

Dès le 27 septembre 1914, date du décret ayant interdit le commerce avec l'ennemi, pour déterminer le caractère ennemi d'une société, la jurisprudence fit une première infidélité au critérium du siège social (1).

Puis, lorsque la circulaire du garde des Sceaux du 8 octobre 1914 eut recommandé la mise sous séquestre des intérêts Austro-allemands, une question analogue se posa et les tribunaux après quelques hésitations adoptèrent un nouveau système : celui de la nationalité de

1. Cass. crim., 18 juillet 1919, *Rev. dr. int. priv.*, 1920, p. 128.

la majorité des actionnaires, connu sous le nom de système du contrôle (1).

Et c'est ce système qu'a adopté le traité de Versailles dans son article 297 *b* «...les puissances alliées ou associées se réservent le droit de retenir et de liquider tous les biens, droits et intérêts appartenant à des ressortissants allemands ou à des sociétés contrôlées par eux... ».

Enfin, c'est surtout à propos de la réparation des dommages de guerre que les inadmissibles conséquences qu'aurait entraînées l'application du critérium du siège social, en firent apparaître la monstrueuse insuffisance. Sous prétexte que la loi du 7 avril 1919 ordonnait la réparation des dommages causés par la guerre à tous les sinistrés français, allions-nous à nos frais indemniser les auteurs eux-mêmes du dommage sous prétexte que des sociétés à capitaux allemands avaient leur siège social en France ? Le ministre des régions libérées n'a pas été jusque-là, mais on peut dire qu'étant donné l'état de la jurisprudence il a agi arbitrairement.

A propos de la législation sur les loyers la même question s'est aussi posée dans les mêmes termes.

**2. — Les textes du droit français ne disent pas
que les sociétés ont une nationalité.**

Voilà le système du siège social et les points à propos desquels il a fallu l'abandonner ; nous allons maintenant exposer le système commandé par la théorie

1. Paris, 7 juillet 1916, *Clunet*, 1917, p. 226.

de la propriété collective et montrer qu'il est pleinement d'accord avec les textes.

Notre système. — Puisque nous estimons que les sociétés ne sont pas des personnes il n'y a pas à se demander quelle est leur nationalité, elles n'en peuvent avoir. Seule, celle des associés est à considérer.

Voilà notre système. Nous allons voir que nos lois ne le démentent en aucune façon.

Système commandé par la logique pure. — Tout d'abord quel est le système que la seule logique commanderait d'adopter ?

Toutes les mesures de publicité, et par conséquent que ce soient celles qui se rapportent aux constitutions de droits réels, ou que ce soient celles qui concernent les sociétés, sont établies en vue d'assurer le crédit public et à ce titre dépendent du statut réel. De plus, la réglementation des sociétés par actions est considérée comme rentrant dans les lois de police et de sûreté dont le respect s'impose à tous ceux qui opèrent dans le pays quelle que soit leur origine. Par conséquent, si l'on s'en tient à la rigueur des principes, la seule règle qui puisse se concevoir est la suivante : les sociétés étrangères ne disposent en France d'aucune capacité à moins qu'elles ne se soumettent à la réglementation imposée aux sociétés par la loi française (1).

1. Remarquons que cette règle qui n'est pas en vigueur n'a rien d'absurde ni d'irréalisable, puisque c'est elle que par la force des choses il a fallu appliquer aux sociétés étrangères d'assurance

Les inconvénients ; le système français tout en l'adoptant le tempère. — Cependant une règle aussi sévère appliquée à toutes les sociétés étrangères aurait dans beaucoup de cas abouti à empêcher ces sociétés d'opérer en France, soit que leur loi soit inconciliable avec la nôtre (1), soit que pour se conformer à la nôtre cela doive entraîner de grosses complications. Aussi a-t-il fallu l'abandonner, par crainte de mesures de rétorsion qui auraient fermé à nos propres sociétés les marchés étrangers.

Le système adopté en France vis-à-vis des sociétés étrangères a donc été le suivant (loi du 30 mai 1857) : il consiste à déterminer les pays dont la législation protège suffisamment l'épargne et le crédit public, et à permettre aux sociétés constituées conformément aux lois de ces pays d'opérer en France comme si elles avaient obéi à la loi française. Ce système n'est d'ailleurs pas aussi absolu puisque la loi française impose cependant aux sociétés étrangères quelques obligations. C'est ainsi que la loi du 18 mars 1919 les oblige à se

sur la vie, ou ayant pour objet des opérations fondées sur des calculs relatifs à la durée de la vie humaine, qui sont pour leur fonctionnement en France soumises à la surveillance et au contrôle du Gouvernement et ainsi assimilées aux sociétés françaises ayant les mêmes objets (loi du 17 mars 1905). De même, les sociétés étrangères de capitalisation (loi du 19 décembre 1907) ou d'épargne (loi du 3 juillet 1913) sont soumises à un régime en principe identique (enregistrement préalable des statuts, etc...) à celui des sociétés françaises du même genre.

1. Comment, par exemple, une société, dont le siège social est dans une ville étrangère pourrait-elle déposer un double de ses statuts au greffe du Tribunal du lieu, si rien n'est disposé pour les recevoir parce que cette formalité n'est pas imposée par la loi du pays ?

faire immatriculer au registre du commerce si elles veulent établir en France une succursale, et que la loi de finances du 30 juin 1907 pour l'émission ou l'introduction sur le marché français de valeurs dépendant d'une société étrangère exige la publication intégrale des statuts en langue française dans le Bulletin annexe au *Journal officiel* (1).

Dès lors, si tel est le système français tout se passe comme si notre droit disait : toute société peut opérer en France pourvu qu'elle soit conforme soit à la loi française, soit à la loi belge, soit à la loi roumaine, soit etc...

Et par conséquent, il n'y a aucune fraude à ce qu'une société formée d'actionnaires français et fonctionnant en France se constitue, si elle le trouve préférable, conformément à la loi belge que la loi française a en quelque sorte fait sienne sur ce point.

Les textes du droit français ne disent pas que les sociétés ont une nationalité, ce mot étant pris dans le sens qu'il a lorsqu'il s'agit de personnes. — Quant à dire que notre législation veut qu'une société ait une nationalité parce qu'elle parle des « sociétés étrangères », nous croyons que c'est mal interpréter la loi que de raisonner ainsi, et que par les mots « sociétés étrangères » la loi a tout simplement voulu dire « sociétés constituées conformément à la loi étrangère ». Il faut bien qu'une société

1. Nous pourrions aussi citer les lois du 17 mars 1905, du 19 décembre 1907 et du 3 juillet 1913 sur les sociétés d'assurances sur la vie, de capitalisation et d'épargne.

se rattache à un Etat dont elle devra, tant pour se constituer que pour fonctionner, observer la loi, et c'est seulement en ce sens que les sociétés ont ce qu'on appelle improprement une nationalité.

Mais notre droit ne dit pas comment ce pays sera déterminé et tout le monde est d'accord pour reconnaître que sur ce point il n'y a aucun texte. Au contraire, comme nous venons de le démontrer (p. 121), notre droit laisse aux sociétés la possibilité de choisir, pour s'y conformer, telle ou telle législation, ce qui équivaut à dire que les sociétés n'ont pas une nationalité à laquelle elles doivent obéir.

Il n'existe pour les sociétés aucun fait indépendant de la volonté humaine — comme le lieu de la naissance ou la filiation — dont on puisse faire dépendre la nationalité. — Et d'ailleurs il est facile de se rendre compte qu'il ne peut en être autrement et qu'il n'existe dans une société aucun critérium, aucun signe dont on puisse rationnellement faire dépendre le choix de la réglementation d'une législation déterminée.

Il serait naturel de donner à une société la nationalité de son siège principal d'exploitation, parce que cela l'obligerait à respecter les règles de publicité destinées à protéger le crédit public du pays où elle opère. Mais si l'exploitation s'opère concurremment dans divers pays le critérium échappe.

Puisqu'une partie de la réglementation des sociétés a pour but de protéger l'épargne, donner à une société la nationalité des associés serait un excellent moyen

pour l'obliger à se conformer à des règles édictées dans l'intérêt de ceux-ci. Mais que décider si les souscripteurs sont de nationalité différente ?

Ainsi donc les deux seules raisons qui pourraient utilement et logiquement servir à déterminer la nationalité d'une société sont impossibles à adopter. Il existe bien d'autres moyens de déterminer la nationalité d'une société : siège social, lieu de confection des statuts, mais ils sont arbitraires, ils dépendent de la volonté des associés contrairement à ce qui se passe pour les hommes qui ne choisissent pas leur lieu de naissance ou leur filiation. Par conséquent plutôt que d'affirmer que la nationalité d'une société dépend du lieu de son siège social ou de celui de la confection de ses statuts, autant dire comme nous qu'une société peut se conformer à la loi qu'elle est libre de choisir, puisqu'en fait n'importe quelle société peut transporter ou établir son siège social où cela lui plaît et que pour confectionner ses statuts nous ne voyons rien qui l'oblige à prendre un lieu plus qu'un autre.

La circonstance de fait qui a longtemps obscurci cette question. — Ce qui explique qu'en France, jusqu'à la guerre, on n'ait pas mis en doute qu'une société avait la nationalité de son siège social et que par conséquent il lui fallait obéir à la loi de sa nationalité, c'est qu'une société qui veut se conformer à la loi française se trouve en fait et par hasard obligé d'y établir son siège.

On peut soutenir, dit M. Thaller (*Tr. él. de dr. com.*, 7^e éd., n^o 764), qu'il est nécessaire qu'une société éta-

blisse son siège social dans le pays à la loi duquel elle veut se conformer en se constituant. Car parmi les règles édictées par la loi de l'Etat intéressé figure très généralement (tel est le cas par exemple en France) l'obligation de publier les statuts en des journaux déterminés au lieu du siège social : ce qui implique que celui-ci est situé en un lieu où la loi de constitution exerce son empire. » Et, comme les sociétés conformes à la loi française ont toutes sans exception leur siège en France, on a conclu à tort que c'était le siège social qui donnait sa nationalité à une société, *alors qu'au contraire c'est parce que la forme d'une société est conforme à la loi française qu'elle a son siège en France.*

Il n'en reste pas moins vrai que si elle opère en France, une société a intérêt à se conformer à la législation de ce pays, sans quoi nous estimons que, lorsqu'elle fait un procès à un Français, elle est assujettie à la caution *judicatum solvi*. N'est-il pas naturel que tout en admettant les formes étrangères de société, la loi française accorde plus de crédit à celles qu'elle s'est donné la peine d'établir ?

3. — Les résultats auxquels conduit notre système
sont en parfait accord avec les réalités pratiques.

Tel est notre système, il n'a rien d'incompatible avec la loi française, et nous allons voir que s'il avait été adopté avant la guerre, toutes les difficultés soulevées par le critérium du siège social ne seraient pas nées.

En ce qui concerne la mise sous séquestre des biens austro-allemands, on ne se serait pas abstenu de mettre

sous séquestre les biens d'une société uniquement composée d'ennemis parce qu'elle avait son siège en France, et inversement on n'aurait pas empêché de fonctionner des exploitations françaises ou appartenant à une majorité d'actionnaires français sous prétexte que la société à laquelle elles appartenaient avait son siège en pays ennemi. Au lieu d'agir à tort et à travers on aurait laissé ces sociétés et ces exploitations continuer à fonctionner, on se serait contenté de mettre sous séquestre les parts appartenant à des sujets ennemis, l'Etat français exerçant leurs droits et administrant à leur place, et cette solution très simple aurait permis à la loi d'atteindre son but.

De même, pour les dommages de guerre. Au lieu d'enrichir les auteurs de ces dommages, en réparant des sociétés composées en majorité d'Allemands parce que leur siège social était en France, il aurait fallu dédommager dans une société composée de Français et d'Allemands uniquement les uns et pas les autres, et rien n'eût été plus facile que d'agir ainsi. Il aurait suffi d'employer le procédé suivant : on aurait émis des actions représentant l'indemnité reçue pour dommages de guerre, et ces actions auraient été réparties entre les associés au prorata de leurs parts respectives, l'Etat français conservant celles qui auraient dû revenir aux Allemands. Et qu'on ne vienne pas nous dire que quand les titres sont au porteur on ne peut pas procéder de la sorte, car même en présence de tels titres, on a déjà procédé avec succès à des opérations de ce genre (ex. : revalorisation allemande). Il suffit de réclamer au pro-

priétaire d'un titre au porteur la preuve de sa propriété antérieure à une date à déterminer.

En ce qui concerne le droit à une prorogation réservée aux Français, la question, quoique plus délicate parce que ce droit est indivisible, est cependant susceptible de recevoir une solution du même genre.

Quant à l'indemnité établie par la récente loi sur la propriété commerciale à laquelle les commerçants étrangers n'ont pas toujours droit, rien ne serait plus simple que de décider que le propriétaire (ou commerçant rentrant) ne la devra qu'aux associés français dont la société a été expulsée et conservera la partie de cette indemnité représentant la part qu'en auraient indirectement recueillie les associés étrangers.

Nous pouvons même ajouter que des documents législatifs récents concernant la question de savoir à la réglementation de quelle loi il faudrait soumettre certains biens ne pensent nullement à l'idée du siège social.

Ainsi, pour immatriculer un navire en France, il faut que la majorité du Conseil d'administration soit française. De même, la loi sur la navigation aérienne de 1924 dit qu'un aéronef doit être immatriculé en France, si les deux tiers des membres du Conseil d'administration sont français.

Et la loi du 26 octobre 1919 relative aux concessions hydrauliques exige que le président, le vice-président, le secrétaire et les deux tiers des membres du Conseil d'administration des sociétés concessionnaires soient Français, parce que, pour que la souveraineté d'un

Etat demeure entière, il importe que les exploitations d'intérêt général et tenant ainsi une place particulièrement importante dans l'économie nationale appartiennent sinon à des nationaux, du moins ne soient pas dirigées par des étrangers.

Remarquons que ces textes ne parlent pas de navires, ni d'avions « français », mais d'avions et de navires « immatriculés » en France, que ces textes n'exigent pas que la société concessionnaire soit française (ce qui ne veut rien dire) ni qu'elle ait une forme française, mais que son personnel dirigeant soit français.

Donc, chaque fois qu'à propos de propriété collective la loi traite de questions de nationalité, conformément à notre système elle ne parle pas de société française ou étrangère, mais de société conforme à telle loi, ou de société ayant un personnel dirigeant de telle nationalité. Du siège social, que nous considérons en théorie comme le critérium le plus arbitraire, il n'en est jamais question.

SECTION IV

CONCLUSION : LA TRANSFORMATION D'UNE SOCIÉTÉ N'EST QU'UNE SIMPLE MODIFICATION DE SES STATUTS.

Quel que soit donc le point de vue d'où l'on se place, on est conduit à ne pas voir dans les sociétés des personnes juridiques.

Nous avons d'abord, dans le § 1 de notre sect. 3, envisagé la question d'une façon très générale en analysant l'idée de personnalité, et nous en sommes arrivés à

trouver que la logique s'opposait à la conception de la personnalité civile des sociétés.

Nous avons ensuite, dans notre paragraphe 2, examiné l'état de nos lois sur cette matière, et nous avons vu qu'elles ne s'opposaient nullement à ce que les biens sociaux ne fussent tout simplement des biens indivis.

Dès lors, pourquoi, chaque fois qu'une transformation de société fait surgir une difficulté, se demander d'abord, comme le font MM. Auger, Wahl et Lacour, s'il y a oui ou non création d'un être moral nouveau, pour en faire dépendre le sens dans lequel on résoudra le problème posé par la transformation ? En effet, comme nous l'avons dit plus haut (p. 60), quand ces auteurs se demandent si la transformation a laissé subsister l'ancienne société ou si au contraire elle a déterminé la création d'une société nouvelle, ce qu'au fond ils veulent savoir, c'est si les biens de la société, qu'ils considèrent ne faisant pas partie du patrimoine des associés, retournent dans le patrimoine de ceux-ci pour en ressortir après ou si au contraire ils continuent à demeurer la propriété de la société.

Si l'on admet, comme nous, que les biens sociaux n'appartiennent pas à une personnalité juridique autre que les associés, et qu'ils demeurent la propriété indivise de ceux-ci, évidemment une telle question ne se pose plus.

Lorsque l'on veut résoudre les difficultés qui se présentent par suite de la transformation d'une société, il ne faut donc jamais d'abord se demander si la transformation a entraîné ou non la naissance d'un être

moral nouveau, puisque ce dernier n'existera pas plus avant la transformation qu'après, car les sociétés ne sont pas des personnes juridiques. La solution de toutes les questions qui se posent, il faut la rechercher uniquement dans les principes qui gouvernent la matière à laquelle elles appartiennent, si c'est par exemple une question de droit fiscal qui nous embarrasse, faire appel aux seules règles et lois du droit fiscal.

Nous procéderons donc d'une façon *distributive* et nous étudierons chaque question en elle-même, c'est-à-dire qu'à propos de chacune, au lieu de faire comme tant d'autres auteurs qui leurs donnent deux solutions, l'une pour si l'être moral survit, l'autre pour le cas contraire, nous n'oublierons jamais que notre opinion sur la transformation est la suivante :

Une transformation pure et simple est et ne peut être qu'une modification aux statuts. Si elle entraînait la dissolution de la société et une nouvelle mise en société, ce ne serait plus une transformation : ce serait une véritable liquidation conforme aux statuts primitifs et une nouvelle reconstitution de société avec confection d'autres statuts qui sans doute pourraient ressembler aux précédents, mais sans que rien n'oblige à cela ; la scission qui se produirait serait incompatible avec l'idée de transformation qui implique celle d'une modification à un substratum qui reste et qui demeure.

DEUXIÈME PARTIE

RÈGLES GOUVERNANT LA TRANSFORMATION DES SOCIÉTÉS EXISTANTES EN SOCIÉTÉS A RESPONSABILITÉ LIMITÉE

Analyse de l'article 41 de la loi du 7 mars 1925.

Nous allons maintenant aborder l'examen des questions que soulève la transformation des sociétés existantes en sociétés à responsabilité limitée.

Nous les étudierons en les groupant de la façon suivante :

1^o Questions relatives au consentement ;

2^o Règles auxquelles doivent se conformer les sociétés existantes qui adoptent la forme à responsabilité limitée ;

3^o Questions fiscales.

Avant d'aborder le cœur même de notre deuxième partie, il est nécessaire de dire que la loi du 7 mars 1925 sur les sociétés à responsabilité limitée parle de la transformation, et d'analyser les dispositions qu'elle consacre à cette matière. Cette loi, en effet, s'occupe

de la transformation dans son *article 41*, dont voici les deux alinéas :

« Les sociétés en nom collectif ou en commandite et
« les sociétés anonymes constituées antérieurement ou
« postérieurement à la présente loi peuvent se trans-
« former en sociétés à responsabilité limitée sous ré-
« serve des droits des tiers. »

« Sous la même réserve, les sociétés à responsabilité
« limitée constituées conformément à la présente loi
« pourront se transformer en sociétés anonymes. »

Ce deuxième et dernier alinéa prévoit le cas inverse au premier qui est le nôtre, aussi nous ne le reproduisons que pour mémoire et nous n'en reparlerons plus.

Quant au premier alinéa, qui est seul à nous intéresser, si nous le regardons de près, nous voyons qu'il contient deux idées :

PREMIÈRE IDÉE. — *La transformation est toujours possible.* — *La transformation est possible*, c'est-à-dire que même si l'application des règles du droit commun aboutissait à une impossibilité, il y aurait lieu de ne pas en tenir compte puisque la loi autorise formellement la transformation. Il est clair aussi que cette disposition ne vise que les questions que nous avons groupées dans notre première catégorie, c'est-à-dire les questions relatives au consentement, car nous n'apercevons que les règles concernant la manière de consentir à une transformation qui puissent s'opposer d'une façon absolue à une transformation voulue par les associés.

De ce qu'une loi autorise une transformation déterminée, nous voyons des auteurs et surtout le fisc en tirer d'autres conséquences, mais nous croyons que ce ne peut être qu'en détournant les mots de leur véritable sens et qu'en faisant dire à la loi ce qu'elle ne dit pas.

DEUXIÈME IDÉE. — *Les droits des tiers sont réservés.* — Cette disposition semble inutile. Cependant, elle a l'avantage, à propos d'une question particulièrement importante, de couper court à toute discussion, et elle empêche justement la société transformée de se prévaloir de l'autorisation légale pour se permettre de porter préjudice aux droits des tiers.

CE TEXTE PRÉSENTE UNE PARTICULARITÉ. — Indépendamment de ces deux idées, il est intéressant de remarquer une *particularité du texte*. En énumérant les sociétés dont il autorise la transformation, il ne mentionne pas les sociétés civiles.

Si l'on examine les travaux préparatoires, on n'y trouve rien qui permette de dire qu'une raison quelconque ait inspiré une semblable rédaction. C'est pour quoi nous croyons qu'il ne faut pas en déduire que les sociétés civiles ne peuvent se transformer en sociétés à responsabilité limitée, et qu'au contraire il faut leur étendre la même permission qu'aux sociétés commerciales (1). En faveur de notre opinion, on peut faire

1. En ce sens : Lepargneur, *Journ. des Soc.*, 1925, p. 395.

valoir cet argument. Si l'on admettait que cet article 41, alinéa 1^{er} a interdit aux sociétés civiles de se transformer en sociétés à responsabilité limitée, on serait d'autre part forcé de reconnaître que notre loi mettrait à la disposition de ces sociétés civiles un moyen de tourner cette prohibition : elle n'aurait qu'à commencer par se transformer en sociétés anonymes comme la loi du 1^{er} août 1893, art. 7, leur en donne le droit, puis après elles adopteraient la forme à responsabilité limitée.

Exposé des travaux préparatoires relatifs à cet article ; ce qu'il faut en déduire. — Il y a enfin une troisième idée, qui n'est pas contenue dans l'article 41, mais qu'il formulait avant d'avoir été amputé par la Chambre des députés. Il faut cependant la connaître, surtout pour savoir s'il faut conclure de ce qu'elle n'est plus exprimée dans la rédaction définitive de l'article 41, qu'une opinion contraire a été adoptée.

La Société d'Etudes législatives qui avait été chargée d'étudier le projet de loi sur les sociétés à responsabilité limitée avait proposé de compléter le texte relatif à la transformation en y transposant les dispositions de la loi de 1920, article 18, c'est-à-dire en le faisant suivre des alinéas suivants :

« Les transformations ne seront pas considérées
« comme créant un être moral distinct, la société
« nouvelle n'étant que la continuation de l'ancienne ».

« Les actes constatant la modification au pacte so-
« cial et aux statuts en vue des transformations sus-

« énoncées seront enregistrés au droit fixe de 6 francs
« à la condition :

« 1^o Que la transformation ait lieu sans versements,
« ni apports nouveaux, et seulement avec évaluation
« en capital des biens et valeurs existant au moment
« où elle est faite ;

« 2^o Que la durée de la nouvelle société ne soit pas
« supérieure à celle de l'ancienne.

« S'il est fait apport de capitaux nouveaux, les
« droits habituels seront perçus sur ces capitaux nou-
« veaux » (*Bull. Soc. Et. lég.*, 1921, p. 198, art. 44).

Mais à l'Assemblée générale de cette société (8 juillet 1921), l'addition d'un texte relativement si long a été critiquée par le président de l'Assemblée. Il a fait valoir notamment que l'introduction de telles dispositions dans la loi du 31 juillet 1920 qui permet aux sociétés civiles minières de se transformer en sociétés anonymes se comprenait parce que cette loi du 31 juillet 1920 est une loi de finances. Mais qu'agir de même avec notre article 41, c'eût été donner à une législation sur les sociétés « un caractère trop accusé et peut-être inutile de législation fiscale » (*Bull. Soc. Et. lég.*, 1921, p. 133), La Commission en question s'est donc mise d'accord pour se contenter d'énoncer le principe suivant : « les transformations ne seront pas considérées comme créant un être moral distinct, la société nouvelle n'étant que la continuation de l'ancienne. »

Quelques mois après cette Assemblée générale de la Société d'Etudes législatives, M. Manceau, au nom de la Commission du commerce et de l'industrie de la Cham-

bre des députés, déposa son rapport qui dans l'ensemble tenait le plus grand compte, tant du rapport rédigé à la Société d'Etudes législatives que des observations émises aux Assemblées générales de cette société. Cependant, le texte proposé par la Commission de la Chambre et qui est devenu définitif sans depuis avoir subi la moindre modification, ne reproduisait aucun des alinéas ajoutés par la Société d'Etudes législatives, pas même l'alinéa énonçant le principe d'après lequel la transformation envisagée n'emporte pas création d'un nouvel être moral.

Nous ne croyons pas qu'il faille conclure de là que les membres de la Commission de la Chambre ont repoussé ce principe pour adopter celui qui lui est contraire. Nous pensons tout simplement qu'ils ont trouvé inutile de formuler une idée qui leur semblait évidente : à savoir qu'une transformation, qui, au lieu d'être une simple modification aux statuts, équivaldrait à la constitution d'une nouvelle, ne serait pas en réalité une transformation.

Cependant, le rapporteur de la loi au Sénat, M. Chapsal, paraît déduire de ce que l'article 41 du projet transmis à la Chambre ne contient rien relativement aux effets de la transformation, que le changement de forme emportera création d'un être moral nouveau (tout au moins si les statuts ne prévoient pas ni n'autorisent la transformation).

A notre avis, il n'y a quand même pas à tenir compte de l'opinion de M. Chapsal et plus généralement des travaux préparatoires du Sénat relativement à la sup-

pression des alinéas ajoutés par la Société d'Etudes législatives, parce que cette suppression a été faite non par le Sénat, mais par la Chambre et que seuls alors les travaux préparatoires de la Chambre doivent être pris en considération (1). Or, comme nous venons de le dire, il y a tout lieu de croire que si les membres de la Commission de la Chambre n'ont pas voulu trancher la question de savoir s'il y avait création d'un être moral nouveau, c'est parce qu'ils ont pensé, comme nous, qu'une telle question n'avait rien de commun avec la simple modification aux statuts que constitue un changement de forme.

Il n'en reste pas moins vrai qu'il est très délicat de se prévaloir de ce que le texte de l'article 41 du projet du Gouvernement a été raccourci par les Chambres pour en déduire une idée dans un sens ou dans un autre. Le mieux est peut-être de faire abstraction de cette circonstance.

Si nous avons tenu à exprimer la troisième idée qui était contenue dans le texte du projet du Gouvernement, c'est parce que, quoiqu'elle ne soit pas formulée dans le texte devenu définitif, elle met en relief un point sur lequel nous reviendrons plus loin, à savoir : lorsqu'on se demande si la transformation entraîne création d'un être moral nouveau, c'est 99 fois sur 100 pour savoir si le droit d'apport est dû ; c'est, en effet, à ce propos que la Société d'Etudes législatives d'abord, que M. Chapsal et le Sénat ensuite, se sont

1. En ce sens : Lepargneur, *Journ. Soc.*, 1925, p. 393.

posé la question. Et si, en principe, comme nous le verrons, ce droit n'est pas dû, pas plus au cas de transformation, que pour n'importe quelle autre modification de statuts, il faut reconnaître qu'il est naturel qu'à cet égard le fisc soit méfiant, sans quoi tous ceux qui voudraient constituer une société, pour ne pas payer ce droit d'apport, rechercheraient une société sur le point de se liquider, s'en feraient céder les parts par les associés, puis la transformeraient dans le sens de leur désir.

Le malheur, c'est que la question de savoir si la transformation ne cache pas une véritable constitution de société, question qui peut avoir un sens si on l'envisage d'un point de vue strictement fiscal, n'en a plus à tous les autres points de vue et que cependant les auteurs n'ont pu s'empêcher de la poser à propos de tout, et d'en être obsédés chaque fois qu'une transformation de société faisait surgir une difficulté.

CONCLUSION.

De cette analyse de l'article 41 de la loi du 7 mars 1925, ne retenons donc qu'une chose. C'est que si les règles qui régissent habituellement les sociétés apportaient quelque obstacle à la transformation que nous envisageons, l'article 41 commanderait d'en suspendre momentanément l'application.

Comme nous allons le voir, il n'y a guère de cas où l'on se trouve en face d'une impossibilité de réaliser la transformation en société à responsabilité limitée.

Cela revient à dire que l'importance des dispositions de la loi du 7 mars 1925 relatives à la transformation est des plus minime, et que son silence à cet égard n'eût pas changé grand'chose.

CHAPITRE PREMIER

Questions relatives au consentement.

Il est bien naturel de commencer par l'examen de ces questions. Obtenir le consentement des associés, n'est-ce pas la première opération à accomplir lorsqu'on désire apporter des modifications à des statuts ?

Pour savoir quels sont les associés ou l'organe dont le consentement est nécessaire pour réaliser la transformation de la société existante en société à responsabilité limitée, il faut se poser cette question à propos de chacun des types différents que la loi française permet ou a permis d'adopter.

Cette première division n'est pas encore à elle seule suffisante, et à propos de chaque cas, nous devons distinguer l'hypothèse où une clause des statuts prévoit la transformation, et celle où le contrat qui forme la base du lien qui unit les associés est muet à ce sujet.

Avant de procéder à l'examen méthodique de chacune de ces divisions, nous ferons *deux remarques* :

Première remarque. — C'est seulement à propos de cette étude sur le consentement que nous allons peut-être avoir *affaire à l'article 41*. Car c'est là seulement que l'on peut concevoir que les règles du droit commun

puissent aboutir à une impossibilité de réaliser la transformation.

Deuxième remarque. — Les auteurs sont généralement d'accord pour estimer que la matière de la transformation des sociétés comprend deux questions très distinctes l'une de l'autre : 1^o celle concernant le consentement que doivent exprimer les associés ; 2^o celle de savoir si la transformation comporte dissolution de la société existante et création de la société nouvelle, question dont ils font dépendre le sens dans lequel il faut résoudre toutes les difficultés soulevées par le changement de forme. En conséquence, ces auteurs divisent leurs études en deux parties : 1^o consentement nécessaire pour réaliser la transformation ; 2^o le changement de forme entraîne-t-il création d'un nouvel être moral ? (1)

Quant à nous, nous avons procédé autrement. Car il n'y a aucune raison de considérer la question du consentement comme une question d'ordre différent des autres, et nous ne voyons pas notamment pourquoi elle serait la seule à propos de laquelle il serait indifférent de savoir si la transformation entraîne création d'un être moral nouveau (à supposer que, contrairement à ce que nous avons démontré, ce point doive être éclairci).

1. Seul M. Wahl, comme nous l'avons vu en analysant son étude sur la transformation, ne sépare pas les questions de consentement des autres et commence par se demander si le changement de forme entraîne création d'un être moral nouveau,

Si les auteurs ont été conduits à agir comme ils l'ont fait, c'est tout simplement parce que la matière du consentement est si bien réglementée par notre droit qu'ils n'ont éprouvé nullement le besoin de faire appel à un autre principe pour résoudre les questions qu'elle posait, et parce qu'il leur a semblé impossible de donner une solution alternative quand en vertu de principes certains de notre droit une solution déterminée et une seule s'imposait.

Mais n'y a-t-il pas dans cette différence de méthode un argument de plus en faveur de notre thèse, à savoir qu'il n'y a pas à déclarer que dans tel cas la transformation n'entraîne pas création d'un être moral nouveau, et que dans tel autre elle imprime dissolution de la société primitive ? En effet, tous les auteurs adoptent notre manière de voir à propos du consentement et s'ils procèdent autrement pour les autres questions sans que ce changement ne soit motivé par rien, n'y a-t-il pas dans cette incohérence la preuve qu'ils font fausse route ?

§ 1. — *Transformation d'une société en nom collectif.*

a) *Les statuts sont muets.* — C'est l'hypothèse la plus simple : les associés sont unis par un contrat qui, suivant la forte impression de l'article 1134 du Code civil, est leur loi et la théorie générale des contrats veut qu'un contrat ne puisse être modifié que par un autre contrat signé par tous ceux qui sont intervenus dans le premier contrat.

Aussi la solution suivante qui n'est pas discutée ni par la doctrine, ni par la jurisprudence s'impose-t-elle avec force. Tout changement de forme — aussi bien la transformation en société conforme à la loi du 7 mars 1925, que les autres — ne pourra se réaliser que du consentement unanime de tous les associés. Ce n'est que si le veto d'un associé était modifié par le seul désir de nuire aux autres qu'un jugement pourrait tenir lieu de son acceptation, la jurisprudence faisant ici application de théorie de l'abus du droit.

b) *Les statuts prévoient.* — Une remarque préliminaire s'impose. Si, en ce qui concerne les sociétés formées depuis la loi du 7 mars 1925 la présence dans les statuts d'une clause prévoyant expressément la transformation en société à responsabilité limitée ne sera pas rare, il est bien évident que dans les statuts des sociétés antérieures à la loi du 7 mars 1925 la rencontre d'une semblable clause ferait supposer chez son auteur un don de prévoir tout à fait exceptionnel ou tout au moins une connaissance très approfondie des projets de loi.

Mais l'on peut fort bien se trouver en face d'une clause générale prévoyant l'adoption par la société d'une autre forme quelconque pourvu qu'elle soit légale au moment où s'opérera la transformation.

Une clause de ce genre, générale ou expresse, nous semble avoir aucune influence sur la nécessité d'obtenir le consentement de chacun des associés pour accomplir la transformation, et la même règle que dans

le cas précédent, doit être adoptée pour les mêmes raisons.

Pour qu'il en soit autrement, il faudrait qu'une clause des statuts prévoit non seulement la possibilité de la transformation, mais encore les modalités suivant lesquelles elle s'opérera.

En matière de contrat, tout ce qui n'est pas défendu est permis et aucun principe de droit n'empêcherait tous les associés de donner par avance au moment de la formation de la société, par une clause des statuts, leur consentement à ce que l'un d'eux, le gérant par exemple, transforme la société en nom collectif en une société d'un autre type si plus tard il le juge bon.

La validité d'une clause de ce genre ne peut être mise en doute, et lorsque le gérant voudra opérer la transformation il n'aura à requérir le consentement d'aucun associé.

§ 2. — *Société en commandite par intérêt.*

Dans la société en commandite par intérêt, la situation des commanditaires ou commandités est vis-à-vis du contrat de société en tous points semblable à celle des associés en nom collectif. Cette affirmation se comprend facilement en ce qui concerne les commandités, et quant aux commanditaires, elle n'est pas moins exacte. Les commanditaires sont des individus qui ont voulu limiter leurs risques et à qui la loi pour compenser cet avantage a défendu de participer d'une façon quelconque à la gestion de la société. Mais autant que

les commandités, ils ont participé à la rédaction des statuts ; ils les ont discutés sur un pied d'égalité et leur personnalité importe autant que celle d'un commandité, puisque la mort de l'un d'eux entraîne *ipso facto* la dissolution de la société.

Les statuts de la société forment donc la loi des parties des commanditaires, aussi bien que des commandités, et chaque associé y trouve l'expression de ses droits et de ses obligations.

Cette considération nous amène à adopter relativement à la transformation des sociétés en commandite par intérêt en société à responsabilité limitée les mêmes solutions que celles précédemment dégagées à propos des sociétés en nom collectif, c'est-à-dire, qu'au moins en l'absence de toute clause relative à ce sujet dans les statuts, le consentement de tous les commanditaires et de tous les commandités sera nécessaire.

§ 3. — *Sociétés anonymes.*

Dans les sociétés anonymes, nous trouvons une règle en opposition avec les principes que nous venons d'exposer à propos des sociétés par intérêt. L'organe de direction, l'Assemblée générale des actionnaires, a un pouvoir très grand, et, en l'absence d'une prohibition formelle des statuts, la majorité va pouvoir imposer à la minorité des décisions qui dans les sociétés par intérêt n'auraient pu être adoptées faute du consentement de tous les associés. Comment en serait-il autrement ? puisque l'avis de tous les actionnaires sur une question

déterminée est pratiquement impossible à obtenir ?

Ainsi, le problème se complique singulièrement. Faudra-t-il encore le consentement unanime des actionnaires, ou bien l'Assemblée générale pourra-t-elle à elle seule apporter une modification aussi profonde au contrat qui unit les associés ?

Heureusement nous avons un texte qui tranche la question.

I — Sociétés postérieures à 1913.

A. *Les statuts sont muets.* — L'article 31 de la loi du 24 juillet 1867 modifié par la loi du 22 novembre 1913 permet à l'Assemblée générale extraordinaire de modifier les statuts. Il prévoit expressément les délibérations sur les modifications touchant à la forme de la société, et exige pour leur validité que l'Assemblée soit composée d'un nombre d'actionnaires représentant les trois quarts au moins du capital social, et que la majorité soit composée d'au moins les deux tiers des voix des actionnaires présents ou représentés.

Malgré la généralité de ce texte, certains auteurs (1), ont prétendu que le consentement unanime de tous les actionnaires était nécessaire pour transformer une société anonyme en société par intérêt. Nous croyons cette affirmation exacte, mais nous la fondons différemment.

Les sociétés par actions, disent-ils, sont d'une autre race que les sociétés par intérêts, et cette transformation constitue une modification trop profonde pour

1. M. Arthuys et M. Pic.

pouvoir être décidée par l'Assemblée extraordinaire même avec les conditions de quorum et de majorité imposées par le nouvel article 31.

Pour nous, si le consentement de tous les associés doit être exigé, c'est parce qu'une telle transformation a pour conséquence nécessaire l'augmentation des engagements des actionnaires que le nouvel article 31 interdit formellement à l'Assemblée générale extraordinaire de décider.

Cette différence de justification n'est pas sans intérêt ; elle entraîne les conséquences suivantes : 1^o sans doute si la société anonyme se transforme en société en nom collectif, tous les associés voyant leur responsabilité croître indéfiniment, devront donner leur consentement mais si elle se transforme en société en commandite par intérêt, seul le consentement de chaque futur commandité sera exigé ; et quant aux futurs commanditaires l'Assemblée générale extraordinaire telle qu'elle est fixée par le nouvel article 31 pourra leur imposer sa décision.

La deuxième conséquence concerne plus spécialement la transformation en société à responsabilité limitée. Quoique en 1913, le nouveau type de société fut inconnu en France, les termes très généraux du nouvel article 31 permettent certainement à l'Assemblée générale extraordinaire de décider la transformation en société à responsabilité limitée.

Avec l'autre raison, cette solution n'est plus certaine, suivant que la doctrine et la jurisprudence rangeront les sociétés à responsabilité limitée dans la classe des

sociétés par intérêt ou dans celle des sociétés par actions le consentement de tous les actionnaires sera nécessaire ou non. Et même si l'on s'accorde pour en faire une troisième catégorie intermédiaire que faudrait-il décider ? Tandis qu'avec notre explication il n'y a aucun doute.

Cependant, la transformation *ne risquerait-elle pas d'aggraver* les charges des actionnaires en diminuant la cessibilité des actions ?

En effet, les articles 22 et 23 de la loi nouvelle ne subordonnent-ils pas la cession à des tiers étrangers à l'autorisation de la majorité des associés représentant au moins les trois quarts du capital ? On pourrait être tenté de le croire. Mais la jurisprudence, qui a eu à se prononcer dans des cas analogues lorsque l'Assemblée générale, sans décider de transformation, apportait des restrictions à la cessibilité des actions, s'est montrée fort large. « Si elle prohibe des clauses qui interdiraient la cession des actions ou la subordonneraient à des conditions telles que la cessibilité ne serait plus qu'un mot, elle autorise au contraire la réduction de cette cessibilité, et permet qu'on la subordonne à l'autorisation du Conseil d'administration pourvu que ces restrictions ne soient pas proprement des prohibitions » (Cassation, 2 janvier 1924, *Revue des sociétés*, 1925, p. 72). Or, les articles 22 et 23 de la loi nouvelle s'ils restreignent la transmissibilité des parts ne la suppriment pas. Des dispositions semblables auraient pu être valablement introduites à la majorité dans les statuts d'une société anonyme, il n'y a donc pas de

raison de décider que l'unanimité sera nécessaire pour adopter sous le nom de société à responsabilité limitée un régime que la majorité eut pu voter sous l'étiquette de société anonyme (1).

B. *Présence d'une clause des statuts prévoyant la transformation.* — Une clause *des statuts* pourrait-elle porter atteinte aux règles posées par l'article 31 dit la loi du 24 juillet 1913 relative aux transformations ? En d'autres termes, ces dispositions sont-elles interprétatives ou limitatives ?

Tout d'abord, si les statuts interdisaient à l'Assemblée générale de changer la forme de la société ou tout au moins ne le permettaient que moyennant des conditions de quorum ou de majorité plus dures que celles imposées par l'article 31, il est certain que cette clause serait valable.

En matière de contrat, tout ce qui n'est pas défendu est permis et l'article 31 en débutant ainsi : « Sauf dispositions contraires des statuts, l'Assemblée générale « délibérant comme il est dit ci-après peut modifier « les statuts dans toutes leurs dispositions », Ne donne-t-il pas expressément cette permission ?

Mais si au contraire les statuts permettaient à l'Assemblée générale de donner à la société une autre forme, ou même s'en remettaient à l'appréciation du Conseil d'administration pour décider la transformation, cette disposition ne serait-elle pas nulle ?

1. En ce sens : Auger, *Rev. Soc.*, 1925, p. 166 et Lepargneur, *J. Soc.*, 1925, p. 382.

En faveur de la négative, on peut faire valoir que l'article 31 ne dit rien à ce sujet alors que l'alinéa concernant le droit de vote aux Assemblées générales extraordinaires commence par ces mots : « nonobstant toute clause contraire de l'acte de société ». De plus, les associés, qui en constituant une société anonyme auraient pu aussi bien lui donner la forme de société à responsabilité limitée, doivent pouvoir donner par avance leur consentement à ce que la société adopte plus tard cette forme sans avoir besoin de les consulter à nouveau.

Cependant, nous ne croyons pas que l'acte de société puisse ainsi réduire à rien les dispositions de l'article 31 relativement à la transformation.

La loi française donne toute latitude à des futurs associés pour choisir le genre de société qui leur convient ; mais une fois ce cadre adopté, ils doivent s'y conformer. Le législateur, en réglementant la matière des sociétés et surtout des sociétés anonymes a voulu protéger le public, aussi bien d'ailleurs les associés eux-mêmes que les tiers. Il sait que l'individu qui souscrit une ou plusieurs actions ne lit pas et souvent ne pourrait comprendre les statuts, et qu'il faut pour lui éviter toute surprise que ses droits et obligations soient déterminés d'avance par le législateur.

La transformation d'une société anonyme en société à responsabilité limitée ne touche en rien aux intérêts des tiers ; mais elle change grandement la situation des actionnaires dont les parts ne seront plus facilement négociables et il est utile que la loi mette son droit à

l'abri d'une transformation à laquelle il pouvait pratiquement ne pas s'attendre.

II. — Sociétés antérieures à 1913.

Les dispositions de l'article 31 qui visent expressément les modifications apportées à la forme de la société ne datent que du 22 novembre 1913. Elles s'appliquent évidemment aux sociétés créées après cette date, mais concernent-elles les *sociétés anonymes antérieures au 22 novembre 1913*.

L'article 4 de la loi de 1913 nous répond :

« Les dispositions de l'article 31, § 4 de la loi du
« 24 juillet 1867 et de l'article 34 du Code de commerce
« modifiés par la présente loi s'appliquent aux sociétés
« déjà constituées sous l'empire de la loi du 24 juillet
« 1867. »

Il résulte de ce texte que seules les dispositions du nouvel article 31 concernant la majorité et le quorum requis s'appliquent aux sociétés constituées avant la loi du 22 novembre 1913, mais que les pouvoirs des assemblées extraordinaires ne sont pas déterminés par la loi nouvelle dans les sociétés anciennes.

Sans doute, cette distinction a été controversée à cause de l'existence d'une discordance entre les deux rapports faits aux Chambres et les dispositions de la loi nouvelle, mais la contradiction n'existe pas en ce qui concerne les pouvoirs d'apporter des modifications à l'objet ou à la forme de la société. C'est donc l'ancien article 31 qui régit les sociétés anonymes constituées antérieurement à la loi du 22 novembre 1913.

Le résultat est pleinement conforme aux principes que nous avons exposés plus haut. Nous avons dit que les conditions de quorum et de majorité fixées par le nouvel article 31 constituaient le minimum exigé pour modifier les statuts et qu'en conséquence elle ne pouvait être valablement abaissée par une clause de l'acte de société. Et cette disposition étant impérative, il est normal qu'elle soit rétroactive.

Quant aux autres dispositions du nouvel article 31, nous avons vu que les statuts pouvaient les modifier, qu'elles étaient donc interprétatives et par conséquent il n'y a pas lieu de les rendre rétroactives.

Pour savoir quel est le consentement requis pour changer la forme des sociétés antérieures à 1913, il faut donc se reporter à la règle ancienne.

L'article 31, tel qu'il a été rédigé en 1867, emploie une formule très vague et très générale ; il permet à l'Assemblée générale extraordinaire comprenant des actionnaires détenant au moins la moitié du capital social de modifier les statuts. Le pouvoir de modifier les statuts *a priori* semble comprendre celui de changer la forme de la société. Mais on s'est bien vite aperçu qu'en appliquant ce texte à la lettre on donnait à l'Assemblée générale un pouvoir manifestement trop grand. La jurisprudence (Chambre civile, 30 mai 1892, D.93.1.105) et la plupart des auteurs même avant la loi du 16 novembre 1903, tout en reconnaissant que les statuts peuvent être modifiés par l'Assemblée générale extraordinaire en l'absence de toute clause lui conférant ce pouvoir, n'admettaient pas que les clauses formant les

bases essentielles du pacte social puissent être changées sans l'adhésion unanime de tous les actionnaires.

Jurisprudence et doctrine étaient d'accord pour comprendre dans les modifications qui affectent les bases substantielles des statuts celle qui change la forme de la société.

Voici donc les solutions qui étaient admises par une jurisprudence constante avant la loi du 22 novembre 1913 et qui depuis continuaient à s'appliquer aux changements de forme des sociétés anonymes constituées antérieurement à 1913.

En l'absence de toute clause des statuts comme en présence d'une clause générale permettant de modifier le pacte social, l'Assemblée générale ne peut absolument pas changer la forme de la société ; il faut l'unanimité (Cour d'Amiens, 6 août 1885. *Rev. Soc.*, 1886, 216).

Cette solution qui, en pratique, aboutit à empêcher les sociétés anonymes constituées antérieurement à 1913 de changer de forme doit-elle être maintenue dans le cas particulier qui nous occupe, et doit-elle interdire ainsi à ces sociétés de se transformer en société à responsabilité limitée ?

Nous n'hésitons pas à répondre non, parce que l'article 41 de la loi du 7 mars 1925 autorise expressément cette transformation, puisqu'il autorise celle de toutes les sociétés anonymes. C'est là une application de l'article 41 que nous considérons comme certaine, d'abord parce qu'elle fait une stricte interprétation du texte de cet article, ensuite parce qu'elle est conforme aux motifs qui ont inspiré la rédaction de cet article qui a pour

but de permettre aux sociétés qui n'ont pu se constituer sous la forme à responsabilité limitée, parce que ce type n'existait pas encore, de pouvoir au moins l'adopter maintenant qu'il est devenu légal.

En effet, n'est-il pas équitable que les sociétés anonymes antérieures à 1913, qui, d'une part, n'ont pas adopté (et pour cause) la forme à responsabilité limitée qui aurait peut-être été plus à leur convenance, et qui, d'autre part, n'ont pas pu naturellement prévoir une telle transformation, ne soient pas victimes du retard du législateur (1).

Cette application de l'article 41 est la seule que nous

1. M. Lepargneur, *J. des Soc.*, 1925, p. 384 et 386 se prononce en sens contraire parce que M. Chapsal le rapporteur de la loi au Sénat dans la discussion de celle-ci a dit : « De nombreuses décisions judiciaires ont été rendues à cet égard (consentement) qui ont établi des distinctions destinées à s'appliquer en notre matière parce que les mêmes principes de droit seront mis en jeu et entraîneront les mêmes solutions. Ces questions m'ont du reste été signalées par la Chambre de commerce de Lyon, et voici les réponses qu'il m'a paru juste de faire et qui ne rencontreront je l'espère pas d'opposition au Sénat. Pour les Sociétés antérieures à la loi de 1893 (lire 1913) si la transformation n'a pas été prévue par les statuts le consentement unanime des sociétaires est exigé, car la forme fait partie des bases essentielles du pacte social... »

Si, malgré de telles précisions dans les travaux préparatoires, nous ne sommes pas de l'avis de M. Lepargneur, c'est d'abord parce que des travaux préparatoires ne peuvent prévaloir contre un texte aussi clair que l'article 41 et dont l'application aux Sociétés anonymes antérieures à 1913 nous paraît aussi certaine. Ensuite, si même là il ne doit pas servir, nous prétendons qu'il a plus qu'à faire alors comme si l'article 41 n'existait plus puisqu'à notre avis c'est là qu'on peut le faire intervenir le plus utilement et le plus sûrement.

Enfin, nous avons déjà dit que le Sénat n'ayant apporté aucune modification au texte proposé sur les Sociétés à responsabilité

aurons à faire au cours de notre étude, aussi est-ce l'occasion de répéter que cet article ne sert pas à grand' chose, et que son absence n'aurait pas beaucoup changé la matière qui fait l'objet de notre examen.

§ 4. — *Sociétés en commandite par actions.*

Dans les sociétés en commandite par actions, nous nous trouvons en présence de deux catégories d'associés très distinctes, les commanditaires d'une part et d'autre part les commandités.

Les règles relatives au consentement qu'ils doivent donner n'étant pas les mêmes, il y a lieu de les étudier séparément pour chaque groupe.

A. *Commanditaires.* — Leur situation vis-à-vis de la société est en tous points comparable à celle des actionnaires.

La loi du 24 juillet 1867 (art. 11) prévoit leur réunion en assemblée extraordinaire qui ont le pouvoir de modifier les statuts. L'étendue de ce pouvoir est déterminée comme dans les sociétés anonymes par l'article 31 ancien texte pour les sociétés constituées antérieure-

limitée, ce n'est pas dans les travaux préparatoires du Sénat qu'on risque de trouver la pensée qui a inspiré le texte de l'article 41.

M. Georges Piot, *Journ. des notaires et avocats*, 1925, p. 4475, professe la même opinion que M. Lepargneur. Aussi est-il forcé de reconnaître qu'« ainsi rédigé, ainsi interprété l'article 41 est vraiment dénué de portée. La permission qu'il donne, on pouvait s'en passer : elle est de droit commun ».

ment à 1913, et par l'article 31 tel qu'il a été modifié par la loi du 22 novembre 1913 pour les autres.

Les solutions sont exactement les mêmes que pour les sociétés anonymes. Il est donc inutile de les reproduire ici.

B. *Commandités*. — Ils ne font pas comme tels partie de l'assemblée des actionnaires.

Mais les commandités sont des associés ayant même d'ordinaire un plus grand intérêt dans la société qu'aucun des commanditaires ; aussi semble-t-il aller de soi qu'aucune modification au pacte social n'est possible sans l'assentiment des commandités. Au reste, le plus souvent ceux-ci sont tous gérants et par suite l'assemblée des actionnaires ne peut en principe être convoquée que par eux, de telle façon que la convocation même de l'Assemblée générale des actionnaires pour délibérer sur certaines modifications à l'acte de société implique que les gérants les approuvent.

§ 5. — *Sociétés anonymes à participation ouvrière.*

La clause de participation ouvrière n'est prévue que par la loi du 26 avril 1917, qui l'a réglementée que pour les sociétés anonymes. Elle semble inadaptable à la commandite où la gestion est réservée aux gérants. C'est pourquoi nous n'envisageons que le cas de la société anonyme à participation ouvrière.

Cette impossibilité à introduire cette clause dans les statuts d'une société d'une autre forme nous semble

avoir pour corollaire l'impossibilité pour toute société anonyme qui est à participation ouvrière d'abandonner la forme des sociétés anonymes. La raison en est la suivante :

Pour modifier ses statuts et par conséquent pour se transformer, l'article 77 de la loi du 24 juillet 1867 ajouté par celle du 26 avril 1917 nous dit que :

« Les assemblées extraordinaires ne peuvent valablement délibérer qu'autant qu'elles comprennent un nombre d'actionnaires représentant les trois quarts des actions de capital. Il en pourra être décidé autrement par les statuts. »

« Dans le cas où une décision de l'Assemblée générale comporterait une modification dans les droits attachés aux actions de travail cette décision ne sera définitive qu'après avoir été ratifiée par une assemblée générale de la coopérative de main-d'œuvre. »

Or, nous croyons qu'en fait la société coopérative de main-d'œuvre ne consentira jamais à ratifier une décision qui entraînerait nécessairement sa disparition.

§ 6. — *Sociétés civiles.*

« Le contrat de société se règle par le droit civil, par les lois particulières au commerce et par les conventions des parties », nous dit l'article 18 du Code de commerce.

Nous avons vu qu'en ce qui concerne la transformation des sociétés en nom collectif il n'existait pas de « loi particulière au commerce » et que c'était le droit

commun, c'est-à-dire le droit civil applicable aux sociétés civiles, qui gouvernait cette matière.

Nous nous trouvons donc avoir déjà indiqué de qui il faut obtenir le consentement pour pouvoir modifier le pacte social des sociétés civiles et nous n'y revenons pas.

La seule chose à dire, c'est qu'après sa transformation la société civile deviendra commerciale (art. 3, loi 7 mars 1925).

§ 7. — *Sociétés à capital variable.*

Avant de nous demander à quelles conditions les sociétés à capital variable peuvent se transformer en sociétés à responsabilité limitée, il est nécessaire de savoir si les sociétés à responsabilité limitée peuvent introduire cette clause dans leurs statuts. Il faut répondre oui, l'article 40 de la loi du 7 mars 1925 le dit expressément.

En revenant maintenant à la transformation proprement dite, nous voyons qu'il y a deux cas distincts à envisager :

1° La société à capital variable se transforme en société à responsabilité limitée à capital variable. Nous ne voyons pas de raison pour raisonner autrement que si la société était avant et après sa transformation à capital fixe, et nous renvoyons aux solutions que nous avons adoptées à propos des sociétés civiles et des sociétés commerciales à capital fixe;

2° La société à capital variable se transforme en

société à responsabilité limitée à capital fixe. Il y a alors plus qu'un changement de forme, l'engagement des sociétaires sera augmenté. La plupart du temps dans les sociétés à capital variable sont des coopératives dont les adhérents ne prennent des parts que parce qu'ils savent que le prix qu'elle leur coûte leur sera remboursé intégralement et sans difficulté dès qu'ils le voudront. La suppression de cette faculté est une diminution des droits individuels des associés et ne peut se réaliser qu'avec leur consentement unanime. Nous ne voyons qu'un cas où l'Assemblée générale pourrait imposer cette transformation : c'est celui d'une société antérieure à 1913 dont les statuts auraient prévu à la fois la transformation et l'abandon de la variabilité du capital.

CHAPITRE II

Quelles sont les règles auxquelles doivent se conformer les sociétés existantes qui adoptent la forme à responsabilité limitée ?

SECTION I

LES PRINCIPES.

Sur cette matière, les nombreux travaux qu'ont suscités la promulgation de la loi du 7 mars 1926 expriment les opinions les plus diverses. Ce résultat est dû à ce que la méthode de raisonnement généralement adoptée impose des solutions qui vont souvent à l'encontre des dispositions impératives de la loi nouvelle. Alors certains auteurs suivent aveuglément la logique de leur argumentation et vont jusqu'à dire que, lorsque la transformation n'entraîne pas création d'un être moral nouveau, il est inutile d'apporter à la société aucun des changements que la loi de 1925 prescrit même impérativement. Mais généralement ils sont moins absolus, ils transigent avec leurs principes, et c'est plutôt sur le nombre des changements à opérer qu'ils sont en désaccord.

Quant à nous, naturellement, nous ne donnerons pas des solutions alternatives suivant que la transforma-

tion entraînera création ou non d'un être moral nouveau. Fidèle au point de vue que nous avons adopté, nous considérons que ce problème n'existe pas, et que la transformation n'est qu'une simple modification des statuts.

§ 1. — *Enoncé de ces principes.*

Pour savoir quelles sont parmi les règles établies par la loi du 7 mars 1925 celles qui s'appliquent obligatoirement aux sociétés devenues à responsabilité limitée après avoir été d'un autre type, il n'y a qu'à rechercher à propos de chaque prescription quelle est sa raison d'être. Si lorsqu'une société devient à responsabilité limitée par voie de transformation les motifs qui ont déterminé le législateur à prendre telle mesure subsistent, celle-ci demeurera applicable. Si au contraire, la présence de telle prescription ne s'explique que lorsqu'une société se constitue directement à responsabilité limitée, son observation ne sera pas requise chez la société transformée.

Les trois sortes de règles impératives édictées par la loi de 1925. — Or, si l'on examine les règles établies par la loi du 7 mars 1925, on s'aperçoit qu'elles sont de trois sortes :

1^o Celles qui n'offrent rien de particulier au modèle nouveau de sociétés, c'est-à-dire celles dont l'existence se concevrait aussi bien à propos de n'importe quelle société, et qui en fait ne sont que l'expression du droit

commun en matière de société. En un mot, celles qui sont *dues à ce qu'il y a constitution* de société en général et non constitution de société à responsabilité limitée en particulier.

Ces règles sont notamment celles qui concernent la publicité des statuts, publicité dont le rôle est le même pour toutes les sociétés quelle que soit leur forme, puisque son but est de rendre le contrat de société opposable aux tiers.

2° Les mesures qui sont la *contre partie* de cet avantage assuré par le législateur, avantage qui consiste en ce que les contrats passés par la société n'*engagent* ses membres *que jusqu'à concurrence de leur apport*, et cela sans qu'à propos de chaque affaire il soit nécessaire de stipuler expressément une clause limitative de responsabilité.

3° Celles qui sont *essentiellement propres à la forme introduite par la loi du 7 mars 1925*. Quelles sont-elles ? La question est délicate et c'est là cependant qu'il importe de ne pas se tromper.

Ce que la loi du 7 mars 1925 a créé : 1° ce sont des sociétés ; 2° des sociétés à responsabilité limitée ; 3° des sociétés à responsabilité limitée qui offrent un genre spécial, genre déterminé par un certain nombre de prescriptions qui forment la troisième sorte des règles contenues dans la loi du 7 mars 1925. Pour repérer ces règles, il suffit donc de voir si leur raison d'être est de donner à une société le caractère propre au type créé par la loi du 7 mars 1925.

Le trait caractéristique des sociétés à responsabilité

limitée, ce n'est évidemment pas d'être des sociétés à responsabilité limitée sans quoi elles se confondraient avec les sociétés anonymes. Leur véritable originalité c'est d'être à responsabilité limitée sans pour cela se soumettre aux nombreuses et gênantes conditions imposées pour la constitution des sociétés anonymes, parce que les sociétés du modèle 1925 doivent être des sociétés de personnes, des sociétés où l'*intuitu personae* joue un rôle prépondérant.

La troisième sorte des règles qu'édicte la loi de 1925, celle des mesures qui lui sont vraiment propres, comprend donc toutes les prescriptions dont le but est d'empêcher une société de devenir une société de capitaux et de la forcer à demeurer une société de personnes.

Ces règles n'existent pas chez la société en nom collectif parce que la responsabilité illimitée de tous ses membres qui forme sa seule caractéristique l'empêchera toujours et sûrement de devenir une société de capitaux. C'est ainsi qu'elle peut donner à ses parts la forme d'actions négociables (1), le seul fait qu'elles engageront l'entière responsabilité de leur porteur les empêchera forcément d'être « susceptible d'un trafic courant et ordinaire » (2). Tout autre est la situation d'une société dans laquelle tous les membres ont une responsabilité limitée, elle est toute prête à devenir une société de capitaux, et si on lui permet de ne pas prendre les mesures destinées à empêcher les inconvénients de ce genre de société, il faut du moins lui en imposer qui

1. Thaller, *Traité élém. Dr. com.*, 7^e éd., n° 608.

2. Thaller, *Traité élém. Dr. com.*, 7^e éd. n° 612.

sans la gêner l'obligeront à demeurer une société de personnes. Le type de ces mesures, c'est par exemple l'incessibilité des parts (Art. 22 de la loi du 7 mars 1925).

A cette première préoccupation (empêcher les sociétés à responsabilité limitée de tourner la loi de 1867 en devenant une société de capitaux) qui a inspiré presque toutes celles des règles contenues dans la loi de 1925 que nous rangeons dans la troisième catégorie, s'en rattache très étroitement une autre dont la loi du 7 mars 1925 porte quelques traces. Jusqu'en 1925 à n'avoir aucun membre à responsabilité illimitée, il n'y avait en France que les sociétés de capitaux. Il était donc à craindre qu'en traitant avec les nouvelles sociétés qui ont et doivent avoir l'allure de sociétés de personnes les tiers ne crussent avoir affaire à des sociétés en nom collectif. Le souci d'éviter une semblable confusion a poussé les auteurs de la loi de 1925 à prescrire certaines formalités qui font partie des règles de la troisième catégorie et qui doivent donc concerner aussi les sociétés à responsabilité limitée par voie de transformation, parce qu'elles sont motivées par une situation qui se retrouve chez toutes les sociétés à responsabilité limitée, même chez celles qui n'ont adopté ce type qu'après avoir été d'une autre forme.

Cas qu'il faut faire de chacune de ces sortes de règles.

— Toutes les dispositions impératives édictées par la loi du 7 mars 1925 étant ainsi rangées dans les trois catégories ci-dessus énoncées, nous disons :

1° Des règles qui font partie de la première sorte (celles qui ne sont que l'expression de droit commun en matière de constitution de société) il n'y a pas lieu de s'en préoccuper, parce qu'elles n'ont aucune raison d'être en matière de transformation.

Du moment que la société avait avant sa transformation été constituée valablement, elle se trouve avoir obéi soit à ces règles, soit à d'autres équivalentes et qui en tous cas jouent le même rôle. De plus, nous verrons que les règles que formule à cet égard la loi nouvelle sont exactement les mêmes que celles prescrites par notre droit à propos de n'importe quelle constitution de société. Par conséquent, la société transformée se trouvera toujours y avoir obéi au moment où elle s'est constituée, et de ce fait la question de savoir si les règles de cette première catégorie s'appliquent aux sociétés transformées en société à responsabilité limitée se trouve sans objet.

2° Les règles qui ne sont que le corollaire de la limitation de responsabilité devront être certainement observées si avant sa transformation la société faisait partie d'un type qui ne garantit pas aux créanciers l'existence du capital social, c'est-à-dire de leur seul gage.

Si, au contraire, c'est une société anonyme qui adopte la forme nouvelle, toutes les précautions auront déjà été prises pour que le capital social ait bien l'importance annoncée et il n'y aura pas à se préoccuper des mesures contenues dans la loi du 7 mars 1925 dont le but est de garantir l'existence du gage réservé aux créanciers.

3^o Quant aux règles qui font partie du troisième groupe, celles qui sont véritablement propres au modèle à responsabilité limitée, toute société à responsabilité limitée, même si elle l'est devenue par voie de transformation, devra les observer scrupuleusement.

§ 2. — *Ces principes sont bien ceux qu'applique la jurisprudence.*

C'est le système ainsi défini qui, tout en étant conforme à nos théories — puisqu'il ne se préoccupe jamais de savoir si la transformation entraîne ou non la création d'un être moral nouveau — semble bien être celui de la *jurisprudence*.

Sans doute celle-ci n'a jamais eu encore à se prononcer sur les difficultés que nous cherchons à résoudre, mais elle s'est trouvée en face de problèmes absolument semblables à propos des transformations des anciennes sociétés. Voilà notamment une *situation au sujet de laquelle* elle a eu très fréquemment à donner son avis : une société, tantôt civile, tantôt en commandite simple ou par actions est devenue anonyme. Puis, les affaires ayant mal marché, le capital social est insuffisant pour désintéresser les créanciers. Ceux-ci cherchent donc à élargir leur gage et voici comment : la loi du 24 juillet 1867, disent-ils, condamne les sociétés anonymes à se soumettre à un certain nombre de prescriptions, prescriptions auxquelles la société, leur

débitrice, ne s'est pas conformée au moment où elle a adopté la forme anonyme. En conséquence, ils demandent la nullité de la société pour rendre les fondateurs et les administrateurs de la société anonyme responsables de tout le passif social.

En présence de cette prétention, la jurisprudence a fait la distinction suivante :

1^o Elle a repoussé la demande de ces créanciers lorsqu'avant sa transformation la société était déjà par actions. C'était par exemple une commandite par actions qui est devenue anonyme. En effet, dit-elle, la société au moment où elle s'est constituée s'est conformée à la loi de 1867 et ce n'est pas parce qu'elle est devenue anonyme qu'il y a lieu de renouveler des formalités déjà accomplies et qui dès lors n'ont plus de raison d'exister. Ces formalités ne sont obligatoires que lorsqu'une société devient par actions, et non pas quand la société étant déjà par actions le reste tout en se transformant. La législation de 1867 est faite pour les sociétés par actions en général et non pour les sociétés anonymes en particulier.

2^o Elle a, au contraire, reconnu fondée la prétention des créanciers lorsqu'avant d'être anonyme la société n'était pas par actions. C'était une société soit civile, soit en nom collectif, soit encore en commandite simple.

Comme nous allons le voir, la jurisprudence se montre tellement ferme et constante dans cette distinction que, ainsi que nous l'avons vu au début de cette étude, nombre d'auteurs en déduisent le principe suivant :

Quand une société en se transformant demeure par actions il n'y a pas création d'un être moral nouveau, quand, au contraire, une société de personnes devient une société de capitaux ou inversement, on ne peut empêcher l'ancien être moral de disparaître pour faire place à une personnalité nouvelle.

Et il faut reconnaître que cette théorie aussi subtile qu'inconsistante trouve un certain encouragement dans le fait qu'à l'appui de ses décisions la jurisprudence dit quelquefois :

« Attendu que la transformation n'entraîne pas création d'un être moral nouveau. »

Mais si l'on regarde d'un peu près les décisions qui contiennent ces formules on s'aperçoit que la jurisprudence n'attache guère d'importance à ces expressions et qu'elle ne les considère que comme des affirmations toutes gratuites venant renforcer, très accessoirement d'ailleurs, des solutions qu'à l'aide d'autres principes elle justifie autrement solidement. De plus, très souvent quand une décision dit : « La transformation ne donne pas naissance à une « société nouvelle », elle veut dire tout simplement que le changement de forme n'a pas été précédé d'une liquidation, et n'a pas du tout l'intention de formuler un principe général.

L'*examen* de cette jurisprudence n'est pas compliqué car au fond elle n'est pas variée. Elle se trouve presque toujours en face de la transformation en société anonyme d'une ancienne commandite par actions. C'est à

peine s'il y a quelque transformation de sociétés de personnes en société anonyme.

1^o *Transformation d'une commandite par actions en société anonyme.* — Parmi les décisions citées par les auteurs dont nous avons étudié les théories au début de notre première partie, et parmi celles que nous avons trouvées par nous-mêmes, il y en a qui se rapportent au cas que nous examinons et dans lesquelles le demandeur réclame la nullité de la société anonyme pour non observation des articles 1, 2, 3, 4 et 24 de la loi du 24 juillet 1867. Or, toutes ces décisions ont repoussé la prétention du demandeur tout au moins quand elle se fondait sur la non observation des prescriptions de la loi de 1867.

Voici ces décisions :

D'abord un jugement du Tribunal de Laon du 27 mars 1884 (*Gaz. Pal.*, 1884. 2.104). « Attendu que
« la transformation n'a pas été précédée d'une liqui-
« dation... » « Que, étant admis qu'il n'y a pas société
nouvelle, il faut en tirer cette conséquence qu'il
n'était pas besoin de renouveler les formalités im-
posées par la loi pour la constitution des sociétés et
qu'il n'y avait au moment où elle est devenue anonyme
qu'à remplir les conditions spécialement exigées pour
ce genre de société... » « Qu'il n'était pas non plus be-
soin de renouveler la souscription au capital qui avait
été régulièrement souscrit au début de la société ;
qu'il est bien vrai qu'un déficit de 8.612 francs a été
reconnu, mais que ce déficit n'est que le résultat des
fluctuations que subit nécessairement toute société au

cours de son existence... Que la vérification des apports avait été régulièrement faite en 1872 (date de la création de la commandite) il n'y avait pas lieu de la renouveler. »

Un arrêt de la Cour d'Amiens du 6 août 1885 (*Rev. Soc.*, 86, 216). « Qu'il n'était pas besoin de souscrire un
« nouveau capital et de remplir par conséquent les con-
« ditions prescrites par les articles 1, 2, 3, 4, de la loi du
« 24 juillet 1867 puisque le contrat n'avait pour objet
« qu'un changement dans la forme d'une société dont
« les bases étaient expressément conservées, notamment
« en ce qui concerne le capital anciennement souscrit.
« Que les publications relatives à cette modification
« de la société ont formellement mentionné les condi-
« tions dans lesquelles avait eu lieu cette modification.
« Qu'il est inexact de prétendre que la transformation
« dont s'agit équivalait à la création d'une société nou-
« velle. Que l'argumentation de l'appelant suppose qu'il
« s'agit de la constitution d'une société nouvelle ayant
« à se créer un capital nouveau. » En conséquence, cet
arrêt déclare la société valable, mais comme le deman-
deur est un créancier antérieur à la transformation
l'ancien gérant est condamné, non à titre de fondateur
de la société anonyme, mais à titre d'associé respon-
sable indéfiniment de l'ancienne commandite.

Le créancier de la société, non content de ce résultat partiel s'est pourvu en cassation et la Chambre des requêtes, par un arrêt du 12 mars 1888 (D.88.1.407), a rejeté le pourvoi et par conséquent confirme l'arrêt de la Cour d'Amiens. Malheureusement si cet arrêt de

cassation semble conforme à nos principes et à la jurisprudence habituelle, lorsqu'on le lit, on s'aperçoit qu'il ne fonde pas son dispositif sur ce que les formalités prescrites par la loi de 1867 n'ont pas à être recommandées quand il s'agit de la transformation d'une société déjà par actions. Il s'appuie sur ce que le demandeur obtenant condamnation contre le gérant « n'avait
« dès lors aucun intérêt légitime à invoquer la nullité
« dont s'agit ». Cet arrêt, dans un de ses motifs, va même prendre le contrepied de notre opinion :
« Attendu, dit-il, qu'en droit sans doute le capital
« social n'existant plus intégralement, il y avait là
« une cause de nullité de la société anonyme aux
« termes des articles 1, 24, 41 de la loi de 1867. »
Mais doit-on attacher beaucoup d'importance à un attendu qui ne sert pas à justifier le dispositif ? Par contre, remarquons aussi que cet arrêt ne se préoccupe pas du tout de savoir s'il y a société nouvelle.

Un arrêt de la Cour de Paris du 7 avril 1887 (D. 89. 2.41). Que cette transformation ne donne pas naissance
« à une société nouvelle, que la société anonyme n'est
« que la continuation de celle qui existait précédem-
« ment sous un autre nom ; qu'elle a le même capital,
« les mêmes actionnaires, le même fonds social et qu'il
« est dès lors sans utilité et souvent impossible dans la
« pratique d'exiger de nouvelles souscriptions, de nou-
« veaux versements sur des actions qui peuvent être
« entièrement libérées au moment de la transfor-
« mation, et une nouvelle vérification d'apports.. »

Un arrêt de la Cour de Paris du 13 juillet 1909 (*J. Soc.*, 1911, 67), n'est pas absolument probant. En effet, après avoir très justement dit que la transformation « n'impliquant pas l'accomplissement de toutes les formalités prescrites par la loi du 24 juillet 1867 pour la constitution d'une société anonyme » il ajoute « l'existence du capital social était essentielle », et prononce la nullité de la société. Remarquons d'ailleurs qu'une note de M. Wahl mise au bas de cet arrêt constate qu'il est confus et que les solutions en sont bien faibles.

Un arrêt de la Chambre des requêtes du 26 octobre 1910 (*J. Soc.*, 1911.110). Ici la situation était un peu différente : le demandeur était l'ancien gérant de la commandite qui demandait la nullité de l'Assemblée générale qui avait nommé les premiers administrateurs sous prétexte qu'elle n'était pas composée comme une assemblée constitutive. La Cour de cassation a repoussé la prétention de ce gérant, considérant que cette assemblée quoique nommant les premiers administrateurs d'une société anonyme n'était en rien constitutive.

Il faut encore citer un jugement de la Cour de Besançon du 15 juin 1869 (D.70.2.13). Il est relatif à la transformation d'une commandite par actions en société anonyme. Mais comme il s'agit d'une commandite libre (de constitution antérieure à 1856) les formalités requises pour la formation d'une société par actions n'ont pas été accomplies lors de sa constitution, et si l'on appliquait brutalement notre système il faudrait dire qu'en se transformant en société anonyme la so-

ciété devrait se conformer à la loi de 1867. Ce n'est pas ce qu'a décidé ce jugement et nous croyons qu'il a quand même raison. Avant sa transformation cette société était par actions, elle vivait légalement en marge de la loi de 1867. Ce n'est pas parce qu'elle est devenue anonyme que sa situation vis-à-vis d'une législation uniquement faite pour les sociétés par actions doit être changée.

Voici donc six décisions parfaitement concordantes. Il y en a bien quelques autres en sens contraire, mais en apparence seulement. Les voilà :

Un arrêt de la Cour de Lyon du 6 février 1868 (D. 68. 2.63). Il a eu à juger une question absolument identique à celle tranchée par l'arrêt de la Chambre des requêtes du 26 octobre 1910 (nullité de l'assemblée qui nomme les premiers administrateurs). Du fait qu'il est contredit par un arrêt de cassation, il perd toute importance. De plus, il est visible qu'il a confondu et mélangé la question qui nous occupe avec celle du consentement, deux questions qui, nous l'avons vu, n'ont rien de commun.

Un arrêt de la Cour de Paris du 16 août 1879 (*J. Soc.*, 80.118). Ici la situation n'était pas normale parce que le créancier demandeur avait lors de la transformation nové sa créance en renonçant à son recours indéfini contre le gérant. De plus, que ce créancier ait obtenu gain de cause cela ne prouve pas à l'encontre de notre principe parce que cet arrêt fonde sa décision, non pas sur la loi de 1867, mais sur l'article 1382 du Code civil.

Un arrêt de la Cour de Paris du 5 décembre 1881

(*J. Soc.*, 1882, 549). Il ne faut pas s'arrêter un seul instant à cet arrêt, parce que la transformation y est accompagnée d'une énorme augmentation de capital qui à elle seule justifie la solution qu'il donne.

2^o Transformation d'une société de personnes en société anonyme. — Nous ne trouvons que deux décisions, mais elles sont absolument probantes.

D'abord, un jugement du Tribunal de Bar-sur-Aube du 5 juin 1896 (*J. Soc.*, 1897, 313), relatif à la transformation d'une société en commandite simple en société anonyme. Il a donné raison aux obligataires de la société anonyme. Ceux-ci réclamaient aux fondateurs le préjudice à eux causé par la nullité de la société pour non vérification d'apport et non souscription intégrale du capital. Ce jugement ne déclare pas nulle la société pour non vérification d'apport : « Attendu qu'aux termes de l'article 4 de la loi du 24 juillet « 1867 les actionnaires sont dispensés de cette forma-
« lité dans le cas où la société à laquelle sont faits
« les apports est formée entre ceux seulement qui en
« étaient propriétaires par indivis. » Il la déclare nulle parce qu'au moment où la société est devenue anonyme, c'est-à-dire à responsabilité limitée, elle n'a pas observé les prescriptions de la loi de 1867 destinées à garantir aux créanciers au moins le capital social annoncé. En effet, au moment de sa transformation la société ne possédait plus aucun actif. Dans ces conditions les actionnaires ne pouvaient prétendre avoir souscrit, c'est-à-dire promis un certain capital,

puisqu'eux leurs apports en nature ne représentaient aucune valeur. « Attendu que, dit ce jugement, les articles 1, 24, « 41 de la loi du 24 juillet 1867 exigent à peine de nullité que lors de la constitution d'une société anonyme « le capital annoncé dans les statuts soit souscrit dans « son intégralité, c'est-à-dire entièrement couvert par « les apports des actionnaires soit en numéraire, soit en « nature ; que par conséquent la nullité d'une société « anonyme s'impose non seulement dans le cas où le « capital social n'existe pas réellement, mais aussi lorsque les apports sont fictifs même pour partie et que « par suite des déclarations mensongères le capital statutaire annoncé ne répond pas à celui existant réellement. »

Un jugement du Tribunal de Lille du 15 juin 1885 (*J. Soc.*, 1888, 214), relatif à la transformation d'une société civile en société anonyme. Il permet à un obligataire de l'ancienne société civile de poursuivre indéfiniment les fondateurs de la société transformée pour n'avoir pas observé la loi de 1867 quand la forme anonyme a été adoptée.

Ainsi la jurisprudence, considérant que la raison d'être des prescriptions imposées par la loi du 24 juillet 1867, c'est la présence dans une société de parts négociables ne requiert l'observation de cette législation que si les sociétés devenues anonymes n'étaient pas par actions avant leur transformation.

Cette jurisprudence est conforme à ce que nous prétendons, à savoir : que les règles auxquelles la loi soumet la constitution des sociétés ne concerne pas le

cas de transformation, à moins que ces règles n'aient pour raison d'être un caractère que le changement de forme a eu pour résultat d'introduire dans la société transformée.

SECTION II

APPLICATION DES PRINCIPES DÉGAGÉS.

C'est en nous inspirant de cette jurisprudence et de ce principe que nous allons maintenant, en examinant chacun des articles de la loi du 7 mars 1925, indiquer :

1° Les règles propres au type à responsabilité limitée qui régissent la société transformée.

2° Les règles propres au type auquel appartenait la société avant sa transformation et qui continuent à régir la société transformée.

3° Les règles propres à la fois au type à responsabilité limitée et au type auquel appartenait la société avant son changement de forme et qui s'appliquent simultanément à la société transformée suivant qu'il s'agit de droits acquis avant ou après la transformation.

§ 1. — *A quelles prescriptions de la loi du 7 mars 1925 doivent se conformer les sociétés qui adoptent le modèle créé par elle ?*

ARTICLE PREMIER, alinéa 1. — « Il peut être formé en dehors des sociétés anonymes qui sont et demeurent soumises à la législation des sociétés anonymes des sociétés dans lesquelles aucun associé n'est tenu au delà de sa mise. »

Dans cette définition de la société à responsabilité limitée, nous trouvons la règle importante de la limitation de la responsabilité des associés.

Celle-ci, en droit commun, ne devrait être acquise que si une clause expresse de limitation de responsabilité accompagnait chaque contrat. Exceptionnellement et par faveur pour les sociétés commerciales, le droit permet aux membres d'une société d'en bénéficier à la seule condition d'extérioriser leur contrat de société en le publiant lui et toutes les modifications dont il est l'objet.

La question de savoir si les membres d'une société qui ont adopté par voie de transformation le type créé en 1925 auront désormais leur responsabilité limitée est donc tout à fait indépendante des principes posés par la loi du 7 mars 1925. Même s'il n'est pas tenu compte de ceux-ci, mais pourvu que l'acte de transformation soit publié, la limitation de responsabilité sera assurée.

« Ces sociétés portent le titre de société à responsabilité limitée et sont soumises aux dispositions suivantes. »

Le titre que la loi donne à chaque type de société est un des moyens les plus importants qu'elle emploie pour publier le contrat de société. C'est suivant la forte expression de M. Thaller (*Tr. él. dr. com.*, 7^e éd. n° 249) « une étiquette qui a par elle seule la vertu d'instruire instantanément le public, non sans doute du chiffre des garanties fournies, mais de leur nature »

ainsi que la mesure suivant laquelle les associés engagent leur responsabilité ».

Une fois donc la société transformée en société à responsabilité limitée, son contrat tel qu'il a été modifié par le changement de type porte l'étiquette société à responsabilité limitée. Le qualifier autrement ce serait ne pas remplir les formalités de publicité imposées par notre droit commercial, et il ne serait plus opposable aux tiers.

ART. 2. — « Elles peuvent être constituées pour un objet quelconque. »

« Toutefois, les sociétés d'assurances, de capitalisation et d'épargne ne peuvent adopter cette forme. »

Parmi les sociétés qui s'occupent d'assurances, la loi n'a réglementé que les sociétés de capitaux. Elle a laissé toute liberté à celles qui seraient fondées en sociétés par intérêt. Ces sociétés ne peuvent être que très rares étant donné la difficulté qu'elles éprouveront à se procurer les capitaux nécessaires à ce genre d'opérations ; de plus, la responsabilité indéfinie de tout ou partie de leurs membres constitue à elle seule une importante garantie.

Les deux raisons qui avaient motivé la liberté laissée par la loi aux sociétés par intérêts ne se retrouvent plus chez les sociétés à responsabilité limitée. Il eut donc été regrettable de voir de telles sociétés pratiquer ce genre d'exploitation, étant donné que la réglementation à laquelle sont soumises les sociétés d'assurances ne les concernait pas. Et c'est pourquoi cet article 2 leur a interdit de se livrer à des opérations d'assurance.

Or, la raison d'être de cette prohibition demeure entière quand une société d'assurance, au lieu de se constituer directement en société à responsabilité limitée, adopte par la suite cette forme. Aussi doit-elle certainement s'étendre au cas de transformation.

ART. 3. — « Quel que soit leur objet, les sociétés à responsabilité limitée sont commerciales et soumises aux lois et usages du commerce. »

D'après la jurisprudence antérieure à la loi de 1925, violait l'article 68 de la loi du 24 juillet 1867 ajouté par la loi du 1^{er} août 1893 (1), et par conséquent était nulle, toute société à objet civil qui, voulant que la limitation de responsabilité de ses membres produise effet au regard de ses créanciers, ne se conformait pas à la loi du 24 juillet 1867, et cela même si ses parts étaient incessibles, même si elle avait soin de ne pas se qualifier de société anonyme ou en commandite.

A partir du 7 mars 1925, les sociétés civiles qui voudront limiter leur responsabilité ne seront plus obligées de devenir anonymes. Elles pourront, si leurs titres ne sont pas négociables adopter la forme nouvelle. Ce faisant elles deviendront commerciales, sans qu'il y ait même à se demander si c'est en vertu de l'article 3 de la loi de 1925.

En effet, l'article 68 de la loi de 1867 tel qu'il est interprété par la jurisprudence le veut ainsi, puisqu'il

1. Article 68. « Quel que soit leur objet, les Sociétés en commandite ou anonymes, qui seraient constituées dans les formes du Code de commerce ou de la présente loi, sont commerciales et soumises aux lois et usages du commerce. » ..

déclare que toute société civile qui désire limiter sa responsabilité vis-à-vis des tiers (qu'elle soit devenue anonyme ou à responsabilité limitée) est « commerciale et soumise aux lois et usage du commerce ».

ART. 4. — Cet article édicte 3 ordres de prescription :

a) « Elles sont constatées soit par acte devant notaire soit par acte sous seings privés. »

« Si l'acte est sous seings privés, il en est dressé « autant d'originaux qu'il est nécessaire pour que l'un « reste déposé au siège social et les autres à l'appui « des diverses formalités requises. »

Voici des règles qui font partie de celles par nous rangées dans la 1^{re} catégorie.

D'ailleurs, il n'y a même pas à se demander si elles sont attachées à la forme puisque ces prescriptions se trouveront nécessairement avoir été réalisées au moment où la société transformée s'est constituée.

En effet, d'une part cet article impose la rédaction d'un écrit, ce qui est la règle de droit commun (art. 1834 C. civ.), et il laisse le choix de la forme de cet écrit.

D'autre part, le nombre d'originaux nécessaires est le même que pour les sociétés par actions (art. 1 et 21 de la loi de 1867) ; quant aux sociétés par intérêt la loi se montre à cet égard plus exigeante (art. 1325, C. civ.). Ces conditions se trouveront donc toujours remplies et il n'y a pas à se demander si elles sont attachées à la forme.

b) « Tous les associés doivent intervenir à l'acte en « personne ou par des mandataires justifiant d'un « pouvoir spécial. »

Cette condition se trouvera réalisée quand pour réaliser la transformation il faudra le consentement de tous les associés. C'est ainsi que lorsqu'une société en nom collectif se transforme les associés donnent leur consentement en signant l'acte modificatif des statuts.

Mais quand dans une société par actions la majorité décide et impose le changement de forme, les actionnaires présents signeront bien le procès-verbal de la séance de l'assemblée générale extraordinaire qui aura réalisé la transformation, mais on n'aura pas la signature des absents. Les actionnaires absents qui sont connus de la société ne pourront pas se refuser à donner une signature qui ne fera que réaliser ce qui a été valablement et définitivement décidé sans eux. Mais il est impossible de faire intervenir les autres, c'est-à-dire ceux qui sont inconnus de la société.

Le problème se pose donc de savoir si l'on peut se passer de la signature des porteurs d'actions que l'on ne peut retrouver ?

Nous croyons que cette formalité est indispensable parce qu'elle fait, en effet, partie de cet ensemble de mesures qui contribuent à donner aux sociétés à responsabilité limitée leur caractère interne et familial voulu par le législateur (1).

Remarquons d'ailleurs que cet obstacle est sans intérêt pratique. Ce ne sont pas ces grandes sociétés aux capitaux considérables et dont les actions sont entre

1. En sens contraire : Piot, *Journ. des notaires*, 1925, art. 34385, p. 450.

les mains de porteurs dispersés aux quatre coins du monde, qui chercheront à profiter de la forme nouvelle ; les membres de telles sociétés ne consentiront jamais à changer leurs titres contre d'autres non négociables. Ce sont, comme nous l'avons indiqué dans notre introduction, les affaires de famille qui se sont mises en sociétés anonymes pour permettre à l'un des associés de ne pas vendre une part que sa situation personnelle ne lui aurait pas permis de conserver. Dans ces conditions, il est clair qu'il sera toujours facile d'obtenir une signature que nous considérons comme nécessaire.

c) « Il est interdit à la société d'émettre pour son propre compte par souscription publique des valeurs mobilières quelconques. »

Voilà une interdiction qui est un des traits essentiels de la nouvelle forme de société. C'est dire qu'elle est attachée à la forme et qu'elle s'adresse à la société transformée. En effet, cette disposition est dictée par le souci d'éviter la spéculation pour des sociétés qui doivent être le plus souvent des sociétés de famille.

ART. 5. — Sans intérêt pour nous.

ART. 6. — « Le capital social doit être de 25.000 fr. au moins. Il ne peut être réduit au-dessous de ce chiffre. »

« Il se divise en parts sociales de 100 francs ou multiples de 100 francs. »

Ce n'est pas parce qu'elle est devenue à responsabilité limitée par voie de transformation qu'une société pourra s'affranchir de la règle du capital minimum de 25.000 francs dont la raison d'être conserve la même

force que si cette société s'était constituée directement à responsabilité limitée.

La loi trouve qu'il serait immoral de permettre à un individu de risquer de recueillir la presque totalité des revenus d'une opération hasardeuse en ne risquant qu'une somme peut-être dérisoire, au moyen d'une formalité aussi simple que la constitution des sociétés à responsabilité limitée.

Permettre à une société en nom d'un capital infime de se transformer ensuite en société à responsabilité limitée sans augmenter son capital, ce serait ouvrir toute grande une porte à la fraude.

Néanmoins, il n'est pas utile qu'au moment de la transformation, la société ait un actif, passif déduit, de 25.000 francs au moins ; il suffira qu'au moment de sa constitution elle ait eu un capital social de 25.000 fr. au moins. Car alors la situation est en tous points comparable à celle d'une société à responsabilité limitée qui, ayant fait de mauvaises affaires, aurait mangé la presque intégralité de son capital, et qui cependant n'en continuerait pas moins à fonctionner légalement.

Quant au minimum de 100 francs établi pour la part sociale, nul doute qu'il ne doive être respecté au cas de transformation, parce que le législateur a pensé qu'une part d'une valeur inférieure à 100 francs avait nécessairement un caractère spéculatif qu'il a voulu bannir de ces sociétés de famille.

Mais s'il s'agit de la transformation d'une société anonyme dont les actions sont de 25 francs, minimum autorisée par la loi de 1867, va-t-on pouvoir porter

la part de certains actionnaires qui ne possèdent qu'une, deux ou trois actions, à 100 francs sans violer la règle qui interdit absolument à l'assemblée extraordinaire d'une société anonyme de prendre, si ce n'est à l'unanimité, toute décision qui aurait pour résultat d'augmenter les engagements des actionnaires.

Nous croyons que de cette opposition entre les deux règles, il résulte dans les cas où elle se produit, une impossibilité pour les sociétés anonymes d'adopter le type nouveau. Nous en sommes d'autant plus persuadés que les sociétés anonymes qui rencontreraient un tel obstacle ne présenteraient pas ce caractère de société dont tous les membres se connaissent, que le législateur a seul voulu favoriser en promulguant la loi du 7 mars 1925.

Art. 7. — « Les sociétés à responsabilité limitée ne peuvent être définitivement constituées qu'après que toutes les parts ont été réparties entre les associés dans l'acte de société, et qu'elles ont été libérées intégralement... »

« Les fondateurs doivent déclarer dans l'acte de société que ces conditions sont remplies. »

Toutes les parts doivent être attribuées aux associés et dans l'acte de société, c'est-à-dire que ces sociétés ne peuvent se constituer par voie de souscription. Cette disposition ne présente aucun intérêt au cas de transformation puisque cette opération ne donne pas lieu à souscription.

Il n'en est pas de même de la nécessité de la libération intégrale des parts, qui est une mesure qui n'est

pas prescrite pour la constitution des sociétés d'un autre type. Cette obligation de verser immédiatement à la société ce qu'on lui a promis ayant pour cause la limitation de responsabilité, devrait disparaître quand il s'agit de la transformation d'une société anonyme. Nous croyons cependant qu'il en est autrement, et que toujours quand une société adopte le modèle créé en 1925 ses membres devront à ce moment libérer intégralement leur part, s'ils ne l'ont déjà fait. C'est notre avis, parce que, malgré ses apparences cette obligation a moins pour cause la limitation de responsabilité de tous les associés, qu'une certaine particularité qui n'existe pas chez les sociétés anonymes.

Dans une société à responsabilité limitée pour obliger un associé à verser le complément de ce qu'il a promis, on n'a pas la ressource de vendre sa part aux enchères, comme lorsqu'on exécute en bourse une action non libérée intégralement; une telle opération est incompatible avec l'interdiction de vendre librement les parts d'une société à responsabilité limitée.

Quant à l'obligation de pure forme de déclarer expressément que les prescriptions de cet article 7 sont remplies, nous croyons que l'acte qui constate la transformation doit en faire mention. En effet, cette déclaration contribuant à assurer l'observation des dispositions concernant l'attribution et la libération des parts sociales, il n'y a pas lieu d'adopter pour elle une autre solution que pour les prescriptions qu'elle a pour but de faire respecter.

Comme l'article 9 semble déclarer nulle une société

à responsabilité limitée qui ne contiendrait pas cette déclaration, nous croyons important de signaler que l'acte de transformation ne devra pas oublier de contenir cette déclaration.

ART. 8. — « L'acte de société doit contenir l'évaluation des apports en nature. Les associés sont solidairement responsables vis-à-vis des tiers de la valeur attribuée au moment de la constitution de la société aux apports en nature. »

« L'action en responsabilité résultant des dispositions du paragraphe précédent se prescrit par dix ans à partir de la constitution de la société. »

Avant d'envisager la portée qu'il y a lieu d'attribuer à ces dispositions en cas de transformation, il importe de bien préciser le *sens* de la responsabilité établie par cet article.

Il eut été tout à fait inutile de dire que les associés étaient responsables de l'évaluation donnée aux apports en nature, s'il fallait que pour encourir cette responsabilité les associés aient intentionnellement et de mauvaise foi majoré la valeur donnée à ces apports. Ce résultat, l'article 1382 du Code civil l'eut à lui seul assuré.

Ce qui constitue l'originalité de la responsabilité établie par cet article, c'est qu'elle est encourue même si c'est de bonne foi que les associés ont donné aux apports en nature une valeur exagérée.

Mention de l'évaluation des apports en nature dans l'acte de société, responsabilité de la valeur attribuée même de bonne foi à ces apports, voilà deux mesures

qui s'appliquent incontestablement lorsque la société avait avant sa transformation un ou plusieurs membres à responsabilité illimitée.

Quoi qu'il n'y ait là aucune difficulté, nous ferons cependant trois remarques :

1° Il s'agit d'une valeur à déterminer au moment de la « constitution » de la société comme le dit l'article 8. Et nous estimons que, la transformation n'étant qu'une modification de statuts, ce n'est pas à l'époque du changement de forme qu'il faut se placer pour apprécier la valeur des apports en nature, mais à celle de la constitution proprement dite.

2° Si les statuts de la société qui se transforme ne contiennent pas l'évaluation des apports en nature, la société en se transformant devra compléter ses statuts à cet égard.

Si, au contraire, cette évaluation se trouve dans les statuts originaux, il y aura lieu de la vérifier, pour s'il le faut la rectifier et du même coup diminuer le capital social.

3° En ce qui concerne le point de départ de la prescription de dix ans établie par l'article 8, nous croyons qu'il y a lieu de le fixer au moment de la constitution et non à celui de la transformation. En effet, l'article 8 est clair et parle de « constitution ». De plus, les raisons qui ont fait considérer qu'au bout de dix ans la responsabilité établie par l'article 8 ne présentait plus d'utilité, ne sont en rien changées par le fait qu'une société à responsabilité limitée n'a pas toujours appartenu à ce type ; quand une société a dix ans d'existence

l'importance de son capital dépend beaucoup plus de la façon dont elle fonctionne que des matériaux dont elle a été constituée.

Jusqu'ici en étudiant cet article 8, nous avons supposé que la société n'était pas à responsabilité limitée avant sa transformation. Voyons maintenant l'hypothèse contraire, c'est-à-dire le cas d'une société anonyme devenue à responsabilité limitée.

Les mesures prises par cet article 8 ont pour seule raison d'être la limitation de la responsabilité de tous les membres de la société. Elles font donc partie de celles que nous avons rangées dans notre deuxième catégorie, et comme telles ne devraient pas concerner les sociétés qui, avant leur transformation, étaient déjà à responsabilité limitée.

Les prescriptions de l'article 8 sont faites pour le cas où une société — par voie de création ou de transformation — devient à responsabilité limitée au sens précis du terme. Elles sont au contraire sans objet si des précautions ont déjà été prises pour parer au danger qui résulterait d'une évaluation exagérée des apports. Or, c'est en face de cette situation que l'on se trouve quand le capital d'une société était déjà, avant qu'elle n'adopte la forme nouvelle, l'unique gage des créanciers. En effet, la forme d'une telle société présentant le danger auquel a voulu remédier l'article 8, le législateur l'a certainement soumise à des règles destinées à remédier à cet inconvénient.

Tel est bien le cas des sociétés anonymes. Les membres y étant tous à responsabilité limitée, le législateur

a fait en sorte que le capital social ait bien l'importance et la valeur annoncée.

Mais le moyen employé par la loi de 1867 pour parvenir à ce but, ce n'est pas la vérification des apports en nature en assemblée générale, car cette formalité est destinée à protéger le public des souscripteurs et non les futurs créanciers de la société. Cela est si vrai que les apports en nature ne sont soumis à aucune vérification quand il n'y a que des apporteurs en nature (art. 4 de la loi du 24 juillet 1867).

Celle des mesures édictées par la loi du 24 juillet 1867 qui est destinée à protéger les tiers en leur assurant que les apports en nature ont la valeur annoncée, c'est la souscription intégrale du capital social.

Il n'y a pas besoin de réfléchir beaucoup pour s'apercevoir que l'idée de souscription intégrale du capital social implique l'obligation d'évaluer exactement les apports en nature. Qu'est-ce que cela voudrait dire souscrire intégralement un capital déterminé, sinon promettre de verser une valeur égale au montant de ce capital ? Or, ce n'est pas agir ainsi que de promettre des apports en nature destinés à être compris dans le capital social pour une certaine somme à laquelle la valeur de ces apports n'est pas égale. On peut alors dire que le capital social n'est pas souscrit intégralement, et que les fondateurs d'une telle société seraient conformément à la loi de 1867 responsables indéfiniment du dommage qui pourrait en résulter pour les créanciers sociaux. C'est bien l'opinion de la jurisprudence et nous avons déjà rencontré un jugement

du tribunal de Bar-sur-Aube du 5 juin 1896 (*J. des Soc.*, 1897, 313) qui contient à cet égard des formules significatives.

« Attendu qu'il est indispensable que les tiers soient édifiés d'une façon complète et sans aucune dissimulation sur l'importance de ce capital ; qu'il est de toute nécessité qu'ils ne soient point induits en erreur, d'une façon ou de l'autre sur la valeur de la garantie offerte par la société avec laquelle ils peuvent être appelés à traiter ;

« Attendu que par application de ces principes les articles 1, 24, et 41 de la loi du 24 juillet 1867 exigent à peine de nullité, que, lors de la constitution d'une société anonyme, le capital annoncé dans les statuts soit souscrit dans son intégrité, c'est-à-dire couvert par les apports des actionnaires, soit en numéraire, soit en nature ; que par conséquent la nullité d'une société anonyme s'impose non seulement dans le cas où le capital social n'existe pas réellement, mais aussi lorsque les apports sont fictifs même pour partie. »

Ainsi, quand une société anonyme est valablement constituée, toutes les précautions ont été prises pour parer aux dangers en vue desquels sont été édictées les règles contenues dans l'article 8 de la loi du 7 mars 1925. Celles-ci se trouvent donc sans objet quand il s'agit de la transformation d'une société anonyme à responsabilité limitée, et il serait conforme à nos principes de les déclarer inapplicables.

Nous ne le ferons cependant pas, et nous prétendons que la solution doit être la même que celle par nous

donnée à propos de la transformation d'une société à responsabilité illimitée. Voici pourquoi :

La sanction que constitue cette responsabilité indéfinie qui pèse sur tous les associés et non plus seulement sur les fondateurs comme dans les sociétés anonymes, n'a pas seulement pour effet de faire évaluer exactement les apports en nature, elle a une autre vertu. Elle constitue une menace de nature à faire fuir tous ceux qui ne connaissent pas assez les apports en nature pour les évaluer eux-mêmes ou qui ne sont pas assez liés avec les propriétaires de ceux-ci pour se fier à leur appréciation. De cette façon, cette menace contribuera puissamment à maintenir aux sociétés à responsabilité limitée leur caractère de société de personnes. Et c'est pour cette raison qu'elle doit être suspendue sur la tête de tout membre d'une société du type créé en 1925, même si celle-ci était anonyme avant sa transformation (1).

1. On peut aussi se demander si du fait qu'une société par actions qui se transforme a été constituée à l'aide d'apports, il n'en résulte pas que le consentement de tous les associés sera nécessaire pour adopter la forme à responsabilité limitée ? La garantie solidaire qui résulte de l'évaluation des apports en nature n'est-elle pas une « augmentation des engagements » des actionnaires que (art. 31, loi 1867, texte 1913) l'assemblée extraordinaire ne peut décider qu'à l'unanimité ? Nous ne le croyons pas parce que la responsabilité qu'édicté l'article 8 est la sanction d'une faute qu'il dépend à chaque associé d'éviter en contrôlant la valeur des apports en nature. Mais, nous dira-t-on, si l'on prend un actionnaire qui s'est opposé à une transformation décidée malgré lui par l'assemblée générale parce que l'évaluation des apports en nature était inexacte, qu'elle est sa faute puisqu'il a épuisé les moyens que la loi mettait à sa disposition ? A cette objection il nous est facile de répondre qu'il peut empêcher la transformation de s'opérer en refusant sa signature à l'acte modificatif des

ART. 9. — « Est nulle et de nul effet à l'égard des intéressés toute société à responsabilité limitée constituée contrairement aux prescriptions des articles 2, 4, 5, 6, 7, 8. »

« La nullité ne peut être opposée aux tiers par les associés. »

Rien à dire de cette disposition qui jouera naturellement si les prescriptions qu'elle sanctionne régissent la société transformée et n'ont pas été observées.

ART. 10. — « Lorsque la nullité de la société a été prononcée aux termes de l'article précédent, les associés auxquels la nullité est imputable sont responsables, envers les autres et envers les tiers solidairement entre eux et avec les premiers gérants, du dommage résultant de cette annulation. »

« Les actions en nullité et en responsabilité se prescrivent par dix ans. »

Lorsque conformément à ce que nous avons dit à propos de l'article précédent la nullité de la transformation aura été prononcée, les premiers gérants de la société transformée et les associés qui auront en fait provoqué le changement de forme seront responsables de cette annulation.

ART. 11. — « La société à responsabilité limitée est soit qualifiée par la désignation de l'objet de son entre-

statuts, signature que nous avons estimée nécessaire pour réaliser le changement de forme. Sans doute les autres associés pourront demander au Tribunal de le forcer à signer, mais il ne sera pas fait droit à leur demande si le motif du refus de l'actionnaire dont nous examinons la situation est reconnu fondé.

prise, soit désignée sous une raison sociale comprenant les noms d'un ou plusieurs associés. »

Autrement dit, toute la liberté possible est laissée pour désigner la société transformée. Cette disposition ne soulève donc aucune difficulté puisque la société pourra toujours garder la qualification qu'elle avait avant sa transformation.

ART. 12 (dépôts aux greffes), 13 (insertion d'un extrait dans un journal d'annonces et sanction du défaut de publicité), 14 (mentions à indiquer dans l'extrait), 15 (cas d'une société avec succursale), 16 (personnes qui doivent signer l'extrait), 17 (publicité des modifications des statuts), 19 (droit de communication des pièces déposées), 20 (immatriculation au registre du commerce).

Les règles relatives à la publicité que contiennent ces articles sont l'exacte reproduction de celles applicables aux sociétés de commerce en vertu du titre IV de la loi du 24 juillet 1867, et de la loi du 18 mars 1919.

Ces règles font partie de celles que nous avons rangées dans la première catégorie (constitution des sociétés en général) et comme telles n'ont rien à faire avec le cas de transformation.

De plus, comme ces mesures sont les mêmes que celles requises pour la constitution de n'importe quelle sorte de société, la société transformée s'y sera nécessairement conformée au moment de sa constitution.

Sans doute l'article 14 prescrit d'indiquer, dans l'extrait à publier, un certain nombre de renseignements dont ne parle pas la loi de 1867. Mais cela n'a rien

d'extraordinaire, cela tient seulement à ce que les statuts (qu'il faut publier) ne sont pas les mêmes quelle que soit la forme d'une société. D'ailleurs, du seul fait de la transformation les statuts primitifs seront modifiés, et en publiant ces modifications comme le veut le droit commun en matière de société, les mentions dont parle l'article 14 et qui n'avaient pas été portées à la connaissance des tiers le seront.

Ces renseignements, indépendamment de l'indication du changement de forme lui-même, sont les suivants : 1^o noms des associés qui étaient précédemment commanditaires ou actionnaires ; 2^o nouvelle raison sociale ou dénomination si elle a changé, ce qui, nous l'avons vu, n'est jamais nécessaire ; 3^o changements qui peuvent être survenus quant aux personnes autorisées à gérer. Il y en aura certainement quand la société était anonyme, c'est-à-dire n'avait pas de gérants, mais des administrateurs ; 4^o montant du capital social, seulement dans le cas où il a subi une nouvelle évaluation.

ART. 18. — « Dans tous les actes, factures, annonces, publications et autres documents émanés de la société, la dénomination sociale doit toujours être précédée ou suivie immédiatement des mots écrits visiblement et en toutes lettres : « société à responsabilité limitée », et de l'énonciation du montant du capital social. »

« Toute contravention aux dispositions qui précèdent est punie d'une amende de 50 francs à 1.000 francs. »

Cette prescription fait partie de la troisième catégorie, en effet, elle est motivée par une raison qui n'existe

que quand la société revêt la forme nouvelle et qui est la nécessité de prévenir les tiers que la société malgré son allure de société par intérêts est cependant à responsabilité limitée.

Elle concerne donc même les sociétés qui sont devenues à responsabilité limitée après avoir été d'un autre type.

ART. 21 (interdiction de représenter les parts sociales par des titres négociables), 22 (les parts sociales ne peuvent être cédées à des étrangers qu'avec le consentement de la majorité des associés), 23 (cession des parts conformément à l'article 1690 du Code civil).

Ces prescriptions font partie de celles que nous avons rangées dans la troisième catégorie. Elles concernent donc les sociétés transformées en sociétés à responsabilité limitée.

Ce que la loi de 1925 a voulu surtout éviter, c'est que les parts sociales ne deviennent un objet de spéculation et « son vœu, sinon son ordre absolu, serait que les parts restassent entre les mains des souscripteurs primitifs ou de leurs héritiers » (Thaller, *Tr. él. dr. com.*, 7^e éd., p. 1317).

En somme, depuis 1925, à tous ceux qui veulent en s'associant limiter leur responsabilité notre droit présente le dilemme suivant :

Ou bien ils désirent former une société de capitaux à parts négociables, et alors il leur est impossible de ne pas remplir un certain nombre de formalités gênantes et coûteuses, mais qui sont destinées à protéger le public des souscripteurs.

Ou bien ils veulent seulement limiter leur responsabilité et alors ils peuvent éviter d'avoir recours au mécanisme lourd et encombrant des sociétés anonymes, mais ils doivent se soumettre à des règles qui obligent la société à être et à demeurer une société de personnes. Et c'est à ces règles qu'appartiennent celles contenues dans les articles 21, 22 et 23.

Car, remarquons-le bien, la quasi-incessibilité établie par ces articles n'est pas une règle inhérente aux sociétés par intérêt.

Nous savons, en effet, qu' « on pourrait constituer une société en nom collectif avec parts cessibles et même librement négociables, tout au moins sous forme de titres nominatifs. Dans l'acte de société on pourrait avoir dénommé ces parts actions. Nul texte ne cantonne ce terme dans la société anonyme et dans la commandite par actions. Une société semblable échappe à la loi de 1867 (on voit en Angleterre des sociétés où l'actionnaire est ainsi tenu *in infinitum* et peut se substituer un acheteur qui répondra indéfiniment du passif) » (Thaller, *Tr. él. dr. com.*, 7^e éd., n° 608).

Les sociétés à responsabilité limitée, qui représentent cependant un type de société de personnes bien moins pur que les sociétés en nom collectif, ne pourraient introduire dans leurs statuts une clause rendant leurs parts négociables ou même librement cessibles. Les articles 21, 22, 23 de la loi du 7 mars 1925 sont trop impératifs et trop clairs pour laisser subsister le moindre doute à cet égard. Mais ce qui est le plus intéressant c'est la sanction dont est munie cette prohibition. Si

la loi de 1925 ne l'énonce pas, c'est parce qu'une société à responsabilité limitée dont les titres seraient négociables n'en serait pas une. Sous son masque trompeur ce serait en réalité une société anonyme, et ce seraient donc les sanctions énoncées par la loi de 1867 qui devraient être mises en action. Dès que les deux idées de limitation de responsabilité et de cessibilité des parts trouvent place dans les statuts d'une même société notre droit français renvoie impitoyablement à la loi de 1867.

Si donc une société en adoptant la forme à responsabilité limitée conservait à ses parts leur négociabilité en introduisant dans l'acte de transformation une clause de cessibilité, nous serions en réalité en face d'une transformation en société anonyme et c'est aux règles qui régissent ce changement de forme qu'il faudrait se référer.

Par conséquent, si une société qui désire devenir à responsabilité limitée est par actions, elle devra lors du changement de forme prendre bien soin de brûler ses titres et de les remplacer par la simple indication dans l'acte modificatif du nom de leurs titulaires et des droits qu'ils ont dans la société.

ART. 24, alinéa 3. — « ...Toute limitation contractuelle des pouvoirs des gérants est sans effet à l'égard des tiers. »

Cette règle est impossible à ranger dans l'une des trois catégories que nous avons déterminées. Elle fait exception dans notre droit français, et a été empruntée à la législation allemande.

Son fondement, qui est d'ordre public, est aussi intéressé à son observation quand une société est devenue à responsabilité limitée que lorsqu'elle a toujours revêtu cette forme. Dès lors elle doit certainement s'appliquer aux sociétés transformées en société à responsabilité limitée.

Alinéa 4. — « Les gérants nommés par l'acte de société ou par un acte postérieur ne sont révocables que pour des causes légitimes. »

Le gérant révocable d'une société qui, ayant adopté la forme nouvelle, a conservé son organe de direction, va-t-il par le seul fait de la transformation devenir irrévocable, sauf pour raisons légitimes ? Nous répondons oui parce que le législateur a voulu, en donnant une autorité plus grande au gérant, renforcer le caractère restreint et intime des groupements que forment les sociétés à responsabilité limitée.

ART. 25. (Responsabilité du gérant). — Cet article est, même de son propre aveu, l'expression du droit commun. Il ne présente donc aucune difficulté au cas de transformation qui ne change rien à cet égard.

ART. 26. — « Les décisions des associés sont prises en assemblée. »

« Toutefois la tenue d'une assemblée n'est pas nécessaire quand le nombre des associés n'est pas supérieur à vingt. Dans ce cas chaque associé recevra le texte des résolutions ou décisions à prendre expressément formulées et émettra son vote par écrit. »

a) Quand la société comprend *plus de 20 membres*

pour prendre une décision, la tenue d'une assemblée est nécessaire.

Si c'est une société par actions qui s'est transformée cette règle s'appliquera sans que cette solution présente le moindre doute puisque cette règle régissait déjà la société avant son changement de type.

Si, au contraire, la société avant sa transformation était par intérêt et pouvait prendre ses décisions sans tenir d'assemblée, l'article 26 commande-t-il de changer cet état de choses ? Non, parce que la nécessité de la tenue d'une assemblée ne se comprend que lorsque la majorité a le pouvoir d'imposer sa volonté à une minorité et que dans ce cas, comme nous le démontrerons plus loin, aucune décision ne peut être prise qu'à l'unanimité.

b) Quand la société a un nombre de *membres inférieur* à 20, quoique les décisions puissent encore être prises malgré la volonté contraire d'une minorité, la loi permet d'enlever à celle-ci les moyens de défense qu'elle tire d'une discussion en assemblée générale. Elle le fait parce qu'elle estime que les membres de telles sociétés doivent se connaître et pouvoir se communiquer leurs idées en dehors de toute réunion.

Cette exception a l'habitude parfaitement raisonnable d'imposer la tenue d'une assemblée chaque fois qu'un pouvoir de décision est conféré à une majorité, n'a rien d'obligatoire. Nous croyons même qu'en présence de la façon peu impérative dont s'exprime l'article 26, il ne faut voir là qu'une faculté dont une société à responsabilité limitée ne peut user que si ses

statuts déclarent expressément que telle est sa volonté.

Dans ces conditions, il faut décider que si l'acte de transformation d'une société de moins de 20 membres qui était par actions, est muet à cet égard la tenue d'une assemblée demeurera obligatoire.

Si au contraire cette société était par intérêt, puisque nous avons dit que même si elle était de plus de 20 membres la tenue d'une assemblée ne serait pas obligatoire, *a fortiori* faut-il décider de même lorsqu'elle n'est composée que de moins de 20 membres.

ART. 27. — « Aucune décision n'est valablement prise dans les deux cas prévus par l'article précédent qu'autant qu'elle a été adoptée par des associés représentant plus de la moitié du capital social. Sauf stipulation contraire dans les statuts, si ce chiffre n'est pas atteint à la première consultation, les associés sont convoqués une deuxième fois par lettres recommandées, et les décisions sont prises à la majorité des votes émis, quelle que soit la portion du capital représenté. »

Dans cet article il nous faut retenir que le quorum et la majorité qu'il impose ne peuvent être abaissés. Sans doute, l'article 27 le dit expressément, mais s'il était muet on ne pourrait quand même admettre une solution contraire qui rapprocherait les sociétés à responsabilité limitée des sociétés de capitaux que la loi du 7 mars 1925 n'a pas voulu qu'elles soient.

Par conséquent, si c'est une société anonyme qui s'est transformée, les décisions qu'elle pouvait prendre à la simple majorité sans condition de quorum ne seront valables que si elles sont approuvées par une majo-

rité représentant plus de la moitié du capital social.

Il reste bien entendu que l'acte de transformation pourrait imposer un quorum et une majorité plus élevés.

ART. 28. — « Nonobstant toute clause contraire de l'acte de société, tout associé peut prendre part aux décisions. Chaque associé a un nombre de voix égal au nombre de parts sociales qu'il possède. »

Voici deux prescriptions dont l'observation s'imposera à toute société transformée en société à responsabilité limitée, non seulement parce que cet article interdit toute stipulation contraire, mais surtout parce que ces dispositions contribuent à donner aux sociétés à responsabilité limitée le caractère de sociétés de personnes voulu par la loi.

ART. 29. — « Dans les sociétés comptant plus de 20 membres, il doit être tenu chaque année au moins, une assemblée générale à l'époque fixée par les statuts. »

Chaque fois que dans une société transformée en société à responsabilité limitée de plus de 20 personnes les décisions seront prises non à l'unanimité, mais à la majorité et par conséquent en assemblée générale, celle-ci devra être tenue au moins une fois chaque année.

« D'autres assemblées peuvent toujours être convoquées par le ou les gérants, à leur défaut par le conseil de surveillance s'il en existe un, et, à défaut de celui-ci, par des associés représentant plus de la moitié du capital social. »

Ce droit de convocation appartenant au Conseil de surveillance ou aux associés représentant plus de la

moitié du capital social nous semble ne pas pouvoir être supprimé par une clause contraire, et devoir exister dans toute société transformée. Grâce à lui, en effet, l'influence de chaque associé est plus forte et la société prend un caractère de société de personnes plus accentué.

ART. 30. — « Tout associé peut par lui ou par un fondé de pouvoir, prendre au siège social communication de l'inventaire, du bilan et du rapport de conseil de surveillance constitué conformément à l'article 32. »

« Dans les sociétés de plus de 20 membres, cette communication ne sera permise que pendant les quinze jours qui précéderont cette assemblée générale. »

Les membres de sociétés par intérêt ont à cet égard un pouvoir beaucoup plus large. Ils peuvent notamment prendre communication de tous les livres.

Si la loi du 7 mars 1925 n'a pas cru devoir d'aller aussi loin, nous estimons que du moins, les droits reconnus par l'article 30 à chaque associé constituent un minimum, et que si les statuts peuvent incontestablement les élargir, ils ne peuvent les restreindre. Car ce sont ces droits qui donneront à la personne de chaque associé une grande importance et empêchent la société de dégénérer en une société de capitaux. Il faudra donc décider qu'ils appartiennent à tout associé de société transformée en société à responsabilité limitée.

ART. 31. — « Les associés ne peuvent, si ce n'est à l'unanimité, changer la nationalité de la société. Toutes autres modifications dans les statuts, sauf stipulation contraire, sont décidées à la majorité des associés

représentant les trois quarts du capital social. Toutefois dans aucun cas, la majorité ne peut obliger un des associés à augmenter sa part sociale. »

Cet article est en tous points comparable à l'article 27 (majorité nécessaire pour prendre les décisions). Et il y a lieu de reproduire à propos de lui la même argumentation et les mêmes solutions.

Il fixe les conditions de majorité et de quorum nécessaires pour modifier les statuts et déclare non valables toutes clauses qui les abaisseraient.

Devant un langage aussi impératif on ne peut que décider que toute société devenue à responsabilité limitée ne pourra plus modifier ses statuts que si elle réalise les conditions minimum fixées par cet article.

ART. 32. — « Dans les sociétés à responsabilité limitée comprenant plus de 20 associés est établi un conseil de surveillance composé de trois associés au moins. »

« Ce conseil est nommé dans l'acte de société. Il est soumis à la réélection aux époques déterminées par les statuts. »

« Les pouvoirs du conseil de surveillance sont déterminés par l'article 10, alinéas 1 et 2 de la loi du 24 juillet 1867. »

« Les membres de ce conseil n'encourent aucune responsabilité à raison des actes des gérants et de leurs résultats. »

« Chaque membre du conseil de surveillance est responsable, soit envers la société, soit envers les tiers de ses fautes personnelles dans l'exécution de son mandat. »

L'établissement d'un conseil de surveillance est la contre-partie des restrictions qu'il faut apporter (comme le fait l'article 30 de la loi de 1925) au droit de surveillance de chaque associé quand la société comprend un nombre important de membres.

De cette constatation découlent deux conséquences : 1° si malgré un nombre d'associés supérieur à 20 les statuts d'une société à responsabilité limitée autorisent pendant toute l'année l'exercice du droit de communication minimum prévu à l'article 30, il pourra ne pas être établi de conseil de surveillance ; 2° si la loi ne sanctionne pas l'absence du conseil de surveillance par la nullité de la société, il faut tout au moins décider que dans ce cas tout associé pourra prétendre au droit de communication minimum prévu par l'article 30 1^{er} alinéa.

La présence d'un conseil de surveillance n'est donc pas impérative et si l'acte de transformation d'une société de plus de 20 personnes ne contient aucune disposition à cet égard, ou bien un tel conseil existait avant la transformation (commandite par actions) et il continuera tout simplement à fonctionner, ou bien un tel organe n'existait pas (société par intérêt sans clause spéciale à cet égard) et alors chaque associé pourra prétendre à l'exercice du droit de communication prévu à l'article 30, alinéa 1.

ART. 33. — « Il est fait annuellement sur les bénéfices un prélèvement d'un vingtième au moins affecté à la formation d'un fonds de réserve. »

« Ce prélèvement cesse d'être obligatoire lorsque le

fonds de réserve a atteint un dixième du capital social. »

Cette disposition a pour raison d'être d'atténuer les inconvénients de la limitation de responsabilité et fait ainsi partie des mesures que nous avons rangées dans la deuxième catégorie. Conformément à nos principes elle ne devrait concerner que les sociétés qui avant leur transformation n'étaient pas à responsabilité limitée.

Mais comme l'article 36 de la loi de 1867 édicte exactement la même prescription, même les sociétés anonymes qui adoptent la forme nouvelle y seront soumises.

ART. 34. — (relatif à la clause d'intérêt fixe).

Cet article tranche une controverse qui existe pour les autres types de société en disant que dans les sociétés à responsabilité limitée, la clause d'intérêt doit toujours être publiée même si ces intérêts s'imputent sur les frais généraux.

Cette disposition est établie dans l'intérêt des tiers. Par conséquent, la société transformée qui n'aurait pas publié une clause d'intérêt fixe contenu dans ses statuts originaires devra la porter à la connaissance des tiers en même temps que l'acte de transformation.

ART. 35. — « La répétition des dividendes ne correspondant pas à des bénéfices réellement acquis est admise contre les associés qui les ont reçus. »

La règle est la même que celle qui est admise par la jurisprudence pour les sociétés par intérêt. Donc, à leur égard, aucune difficulté. Dans les sociétés par actions la loi de 1867 au contraire exclut la répétition à

l'encontre des actionnaires de bonne foi. Il se pose alors la question de savoir si les dividendes fictifs distribués après la transformation d'une société par actions à un associé à responsabilité limitée de bonne foi pourront être respectés.

A cette question nous répondons que c'est la règle de la loi de 1925 qui doit s'appliquer parce qu'elle a pour effet d'éloigner de telles sociétés tous ceux qui ne peuvent pas contrôler par eux-mêmes les affaires sociales, et de maintenir à ces sociétés leur caractère de société de personnes. D'ailleurs, si cette règle paraît rigoureuse pour les associés de bonne foi, elle l'est beaucoup moins dès qu'on réfléchit que l'associé dans une société modèle 1925 a un pouvoir de contrôle autrement personnel et important qu'un simple actionnaire. N'avons-nous pas vu (Art. 30) que même dans une société devenue à responsabilité limitée par voie de transformation « tout associé peut par lui ou par un fondé de pouvoir prendre au siège social communication de l'inventaire du bilan... » ?

ART. 36. — « La société n'est point dissoute par l'interdiction, la faillite, la déconfiture ou la mort d'un associé sauf en ce dernier cas stipulation contraire des statuts. »

Cette règle n'étant pas de celles qui tendent à donner aux sociétés à responsabilité limitée un caractère plus familial, ni de celle qui rapproche cette dernière forme de sociétés de personnes et l'éloignent des sociétés de capitaux, ne devrait pas être impérative. Il en est cependant autrement puisque cet article interdit ex-

pressément toute clause contraire à la prescription qu'il édicte.

D'ailleurs, l'atteinte que porte cette règle à l'esprit qui domine la loi de 1925 ne va pas sans entraîner de fâcheux inconvénients pratiques. M. Chapsal, le rapporteur de la loi au Sénat lui-même s'en est rendu compte. « Il est évident, dit-il, qu'il aurait été préférable de permettre une stipulation contraire des statuts car il s'agit de sociétés où la considération des personnes est prépondérante. »

Cette règle, qui n'a aucune raison d'être, gouverne cependant les sociétés à responsabilité limitée. Quoi qu'elle n'ait pas plus de raison de s'appliquer aux sociétés qui se sont transformées en sociétés à responsabilité limitée, nous n'apercevons aucun motif qui puisse nous autoriser à en décider autrement.

Remarquons en tout cas que si l'article 36 dit que la mort d'un associé n'entraîne pas non plus dissolution de la société, à cet égard-là cependant il autorise la preuve contraire.

Nous en déduisons naturellement que la dissolution en cas de mort n'est qu'une règle interprétative du contrat de société qui n'est pas spécialement attachée à la forme, et que par conséquent lorsque la mort d'un associé (associé en nom, gérant de la commandite) doit entraîner la dissolution de la société, ce n'est pas parce que celle-ci adoptera purement et simplement la forme à responsabilité limitée, qu'il n'en sera plus ainsi.

ART. 37, 38, 39. — Ces articles édictent des peines contre ceux qui n'appliquent pas certaines règles.

Il n'y a donc aucune raison pour que les sanctions de ces règles ne concernent pas aussi les sociétés devenues à responsabilité limitée par voie de transformation, à moins que l'obligation dont le manquement est puni ne concerne que les sociétés qui se constituent directement à responsabilité limitée.

ART. 40. — (Les sociétés à responsabilité limitée peuvent être à capital variable). Article sans intérêt pour nous.

ART. 41. — (Relatif à la transformation). Nous l'avons déjà vu et étudié.

ART. 42. — (Détermination du régime fiscal des sociétés du type nouveau).

Comme dans l'esprit du Fisc, il est certain que ce statut s'applique à toutes sociétés du moment qu'elles sont du type à responsabilité limitée, il n'y a pas à se demander si cette forme est le résultat ou non d'une transformation.

Ce n'est que si le fisc pouvait prouver que la société n'a adopté la forme nouvelle que pour frauder la loi fiscale, qu'il pourrait peut-être refuser à la société le bénéfice de l'exonération établie par cet article.

ART. 43. — Sans intérêt.

Nous venons d'étudier dans quelle mesure les règles impératives contenues dans la loi du 7 mars 1925 devaient s'appliquer aux sociétés devenues à responsabilité limitée par voie de transformation. Et tous les développements que cette matière nous a inspirés peuvent se résumer dans la simple constatation que voici :

La presque totalité des prescriptions édictées par la loi de 1925 concernent aussi bien les sociétés qui se transforment en société à responsabilité limitée que celles qui adoptent directement ce type en se constituant.

Il ne faut excepter que les règles peu nombreuses que leur raison d'être place dans la première catégorie, c'est-à-dire que celles qui sont moins attachées à la forme à responsabilité limitée qu'imposées pour le cas où il y a constitution de société. Ces règles, les voici : nécessité de rédiger des statuts par écrit, nombre d'originaux à dresser, publicité des statuts.

Il convient cependant de remarquer qu'au point de vue pratique cette dispense n'a pas grand intérêt, puisque les règles générales sur les sociétés exigent la publicité de l'acte modificatif des statuts, et par conséquent de la transformation, et que cette publicité ne peut se faire que s'il a été rédigé un acte constatant le changement de forme et que si de cet acte il est dressé autant d'originaux que s'il s'agissait de la confection de statuts.

De plus, lorsqu'on rédige un acte de transformation on procède généralement ainsi : après avoir dit que la société adopte telle forme, et que cette décision nécessite de modifier dans tel ou tel sens certaines dispositions des statuts, on ajoute : « en conséquence à l'ancien texte des statuts il en est substitué un autre que voici : » Nous croyons même que cette habitude a beaucoup contribué à pousser certains auteurs à voir dans ce qui n'est qu'une modification de statuts une véritable constitution de société.

Quant aux règles à classer dans la deuxième catégorie, qu'avant d'étudier un à un les articles de la loi de 1925 nous avons indiquées comme ne devant pas s'appliquer aux sociétés chez lesquelles avant de devenir à responsabilité limitée aucun associé n'était tenu au delà de son apport, nous en avons rencontrées quelques-unes notamment dans l'article 8.

Mais il est intéressant de remarquer que pour certaines raisons nous avons toujours décidé qu'elles devaient concerner même les sociétés qui avant de se transformer étaient anonymes.

§ 2. — *Dans quelle mesure subsistent les règles propres au type abandonné par la société qui se transforme.*

Principe. — Les règles primitives de la société continuent à s'appliquer quand les dispositions de la loi du 7 mars 1925 auxquelles elles se heurtent ne sont qu'interprétatives.

Jusqu'ici dans la loi de 1925, nous ne nous sommes occupés que des règles impératives.

Mais il n'est guère moins important de se demander les conséquences qui résultent de ce que certaines ne sont qu'*interprétatives*.

Et d'abord *comment reconnaître* parmi les règles formulées par la loi de 1925 celles qui ne sont qu'interprétatives.

Il y a un premier signe qui permet à coup sûr de dire que quelques-unes ne le sont certainement pas, c'est lorsque la loi prend elle-même la précaution d'in-

terdire toute clause contraire, ou en assure l'observation au moyen de sanctions.

En dehors de ce cas particulier, nous croyons que pour qu'une règle ne soit pas impérative, il faut qu'elle n'appartienne à aucune des trois catégories que nous avons définies plus haut, c'est-à-dire qu'elle ne soit ni constitutive, ni destinée à remédier aux inconvénients qui résultent de la limitation responsabilité, ni faite pour obliger la société à ne pas être une société de capitaux. Ainsi l'article 30 détermine le droit de contrôle de chaque associé. Cette disposition est impérative en tant qu'elle fixe un minimum, car réduire ce droit de surveillance ce serait faire d'un associé à responsabilité limitée un simple actionnaire. Elle est au contraire interprétative en tant qu'elle fixe un maximum, parce que augmenter ce droit, c'est renforcer le caractère personnel du lien qui unit les associés.

Quelles conséquences faut-il déduire de ce qu'une règle n'est interprétative en ce qui concerne son application aux sociétés transformées en société à responsabilité limitée ?

S'il s'agissait de la constitution d'une société à responsabilité limitée, rien de plus simple. Les dispositions interprétatives de la loi du 7 mars 1925 s'appliqueront en cas de silence des statuts ; mais celles-ci ne sauraient prévaloir et seraient réduites à néant si le contrat de société contenait des clauses qui leur soient contraires.

En cas de transformation en société à responsabilité limitée, c'est beaucoup moins simple. Sans exami-

ner en détails les différents arguments qui militent en faveur de telle ou telle solution, voici celles qui nous semblent les plus logiques :

A. — L'acte transformation contient des stipulations contraires à une règle interprétative : pas de difficulté ; la situation est claire et nette, la disposition légale restera sans effet.

B. — L'acte de transformation est pur et simple ; quoique ce casus soit beaucoup moins simple que le précédent, il nous semble certain que c'est aux statuts primitifs qu'il faut se rapporter et que si ceux-ci contiennent expressément ou tacitement une clause contraire à une règle interprétative de la loi du 7 mars 1925, cette dernière s'effacera devant la volonté expresse ou présumée des associés. A notre avis le simple fait de transformer une société n'implique pas à lui seul l'adoption des règles interprétatives propres à la forme nouvelle en ce qu'elles ont de contraire au pacte primitif.

Par clause tacite de ce pacte primitif nous entendons les règles interprétatives inhérentes à la forme qu'avait la société avant de se transformer.

De tout ceci il résulte qu'il n'y a pas que les règles classées dans la première catégorie qui ne s'appliqueront pas à la société transformée, il y a aussi toutes les règles interprétatives dans la mesure où elles sont contraires à celles qui gouvernaient la société avant sa transformation.

Au point de vue pratique, ceci est important à considérer, parce que si une société désire épouser com-

plètement le type créé en 1925, il sera prudent de dire expressément dans l'acte de transformation que les associés désirent sur tel point en particulier ou à tous les points de vue se soumettre aux règles interprétatives propres à la forme à responsabilité limitée.

Enumérons rapidement les règles interprétatives de la loi nouvelle, et à propos de chacune nous signalerons quelles seraient les règles propres à d'autres types qui, en l'absence de toute stipulation à ce sujet, subsisteraient au cas de transformation.

ART. 11 (qualification de la société). — Cet article est un peu spécial. Les dispositions qu'il contient ne sont ni impératives, ni même interprétatives. Elles laissent toute liberté pour désigner la société. Par conséquent en l'absence de dispositions à cet égard dans l'acte de transformation, c'est l'ancien nom de la société qui servira à la qualifier.

ART. 22. — (Incessibilité à des tiers étrangers à la société sans le consentement de la majorité des associés représentant au moins les trois quarts du capital social.)

Cette disposition est interprétative en ce sens que si les parts d'une société à responsabilité limitée ne peuvent être cessibles plus librement que ne l'indique l'article 22, aucun principe n'empêche les associés de stipuler dans les statuts que les parts seront frappées d'incessibilité absolue (c'est-à-dire cessibles qu'avec le consentement de tous les associés).

Dès lors, conformément aux idées que nous avons indiquées, si la société qui est devenue à responsabilité

limitée, était une société par intérêt ne contenant dans ses statuts aucune clause de cessibilité, ou si elle était une société par actions contenant dans ses statuts une clause d'incessibilité absolue, ses parts continueront à demeurer incessibles si ce n'est du consentement de tous les associés.

ART. 24. — « Les sociétés à responsabilité limitée sont gérées par un ou plusieurs mandataires associés ou non associés, salariés ou gratuits. »

« Ils sont nommés par les associés soit dans l'acte de société, soit dans un acte postérieur, pour un temps limité ou sans limitation de durée... »

Comme on le voit, cet article n'impose aux sociétés à responsabilité limitée aucun système de gérance déterminé. Il ne donne même aucun nom à l'organe de direction et se sert des mots « un ou plusieurs mandataires », expression générale par excellence.

Nous en concluons qu'à cet égard la loi use de la plus large tolérance et qu'à moins de stipulation contraire, c'est l'ancien mode de gérance qui devra être conservé avec toutes ses particularités.

ART. 27. — (Majorité et quorum nécessaires pour prendre une décision.)

Cette disposition est impérative s'il s'agit d'abaisser le taux de la majorité et du quorum qu'elle établit. Elle n'est plus qu'interprétative s'il s'agit de l'élever parce que cela ne ferait que donner à la société à responsabilité limitée un caractère de société de personnes plus accentué.

En conséquence, si la société devenue à responsa-

bilité limitée était par intérêt c'est la règle de l'unanimité qui subsistera malgré l'indication de l'article 27. Si même c'était une société par actions dont les statuts imposaient à l'assemblée générale ordinaire des conditions plus dures que celles indiquées dans l'article 27 de la loi de 1925, c'est à la règle des statuts primitifs de la société qu'il faudrait obéir.

ART. 30. — (Droit de surveillance de chaque associé.)

Si ce droit est minimum, rien n'empêche d'augmenter les facilités de contrôle de chaque associé.

Si donc c'est une société par intérêt qui devient à responsabilité limitée, chaque associé conservera les pouvoirs de surveillance qu'il avait et qui sont plus grands que ceux concédés par l'article 30 de la loi de 1925.

ART. 31. — (Quorum et majorité requises pour modifier les statuts.)

A propos de cette disposition il n'y a qu'à répéter exactement ce que nous avons dit au sujet de l'article 27.

Rappelons seulement que si c'est une société par intérêt qui se transforme sans rien stipuler à cet égard, la règle de l'unanimité prévaudra sur celle qu'indique l'article 31.

ART. 32. — (Conseil de surveillance dans les sociétés de plus de 20 personnes.)

Nous avons dit que cet organe n'avait pour raison d'être que le droit de contrôle réduit accordé à chaque associé, quand la société comprend plus de 20 membres,

Si une société ne comprenait pas de conseil de surveillance ce qui arrivera si, comme dans les sociétés par intérêt, chaque membre a par lui-même le pouvoir de contrôler comme il l'entend, ce n'est pas parce qu'elle est devenue à responsabilité limitée que cet organe deviendra nécessaire du moment que le droit de surveillance de chaque associé demeure aussi étendu qu'avant la transformation.

Cette remarque a d'ailleurs peu d'intérêt étant donné que les sociétés à responsabilité limitée de plus de 20 membres ne proviennent pas de la transformation de sociétés par intérêt qui sont généralement infiniment moins nombreuses.

ART. 36. — (La mort ne dissout pas la société.)

Cette disposition est interprétative, la loi prend elle-même la peine de nous le dire.

Par conséquent si la société qui se transforme était par intérêt sans que ses statuts ne prévoient la continuation de la société en cas de mort de l'un des membres, une fois devenue à responsabilité limitée elle continuera à être sujette à dissolution en cas de mort de l'un des associés.

§ 3. — *Que deviennent les droits acquis avant la transformation de la société et qui se heurtent à l'application d'une règle propre aux sociétés à responsabilité limitée.*

I. *Principe.* — Quand un individu a un droit à l'encontre d'une personne, droit acquis à la suite d'un délit civil commis par celle-ci, ou encore plus simple-

ment à la suite d'un contrat passé entre lui et elle, cette dernière ne peut certainement sans le consentement de son créancier se soustraire à son obligation ni même en modifier la teneur.

C'est un principe d'équité très général et il est tellement nécessaire que, même en présence d'une règle contraire c'est lui qui devra toujours prévaloir. Quand une société va se transformer par exemple, il y a des tiers qui ont sur elle des droits qu'ils n'auraient pas acquis si la société avait toujours appartenu au type qu'elle se propose d'adopter. A partir du moment où la transformation sera réalisée, la survivance de ces droits va donc constituer une situation contraire à celle qui devrait régulièrement se trouver chez une société d'un type déterminé. Il ne peut néanmoins être question de supprimer cette anomalie, le respect des droits acquis s'y oppose.

Tout ce que nous venons de dire est évident. En tous cas, si quelques esprits se refusaient à prendre ce principe comme base pour résoudre les questions qui vont se présenter, il leur suffira de lire dans la loi du 7 mars 1925 l'article 41 relatif à la transformation, pour se rallier à notre opinion.

Voici, en effet, ce que dit cet article : « Les sociétés... pourront se transformer en société à responsabilité limitée sous réserve des droits des tiers. » Nous pensons qu'il était inutile de formuler une règle de droit commun dont l'existence est si certaine. Cela a néanmoins l'avantage de supprimer toute controverse.

II. *Application.* — Examinons maintenant dans l'ordre où la loi les a édictées les règles contenues dans la loi du 7 mars 1925 qui seraient susceptibles de porter atteinte à des droits acquis si elles devaient être observées d'une façon absolue.

L'article 1^{er} contient la disposition qui à cet égard est la plus intéressante. Lorsqu'une société est du type à responsabilité limitée, dit-il, « aucun des associés n'est tenu au delà de sa mise ».

Prise à la lettre, de cette règle il faudrait conclure que le membre d'une société en nom collectif devenue ensuite société à responsabilité limitée ne pourrait être poursuivi sur tout son patrimoine, même pour les dettes contractées par la société du temps où elle était en nom collectif.

Le respect des droits acquis (en l'espèce par les créanciers de la société en nom) s'y oppose. Et c'est surtout pour qu'il ne puisse être même question d'admettre un tel résultat que les auteurs de la loi du 7 mars 1925 ont ajouté à l'article 41 « Sous réserve des droits des tiers ».

Le problème ainsi posé n'est pas spécial à la transformation en société du type créé par la loi de 1925 et la jurisprudence a déjà eu l'occasion de se prononcer sur lui à l'occasion des transformations en sociétés anonymes. C'est ainsi qu'une société en commandite par actions fondée en 1872 s'était transformée en société anonyme en 1880. Des créanciers de la commandite par actions considérant que le capital social de la société anonyme était insuffisant pour répondre de ses

dettes voulurent élargir leur gage en demandant la nullité de la société anonyme sous prétexte que lors de la transformation les formalités constitutives exigées par la loi de 1867 n'avaient pas été accomplies. En effet, s'ils obtenaient la nullité les fondateurs de la société anonyme devenaient responsables sur tous leurs biens de tout le passif social. La Cour d'Amiens dans un arrêt du 6 août 1885 (*Rev. Soc.*, 86.216) refusa de prononcer la nullité de la société parce qu'il « n'était pas besoin de souscrire un nouveau capital et de remplir par conséquent les conditions prescrites par les articles 1, 2, 3, 4 de la loi du 24 juillet 1867... » Mais sans déclarer les fondateurs responsables elle condamna l'ancien gérant de la commandite à payer sur tous ses biens, parce que les créanciers demandeurs avaient acquis sur tous ses biens un droit de gage général que la transformation n'avait pu faire disparaître. Les créanciers trouvant ce résultat insuffisant allèrent en Cassation où la Chambre des Requêtes par un arrêt du 12 mars 1888 (D.88.1.407) rejeta leur pourvoi. Attendu que « Payen obtenant condamnation contre le gérant de la société en commandite ne justifie pas d'un préjudice à lui causé par la transformation de celle-ci en société anonyme ».

ART. 10. — (Responsabilité des associés auxquels la nullité est imputable).

Quand une société par actions irrégulièrement constituée en tant que société par actions, adopte la forme à responsabilité limitée et se conforme scrupuleusement à la loi du 7 mars 1925, va-t-elle continuer

à être annulable ? (à supposer naturellement que moins de dix ans s'étant écoulés depuis sa constitution, l'action en nullité ne soit pas prescrite).

Il semble que oui parce que les tiers ont un droit acquis à demander cette nullité et surtout à en rendre les fondateurs responsables.

Nous ne le croyons cependant pas, parce qu'à notre avis une transformation régulièrement effectuée vaut réparation du vice, et nous savons que depuis la loi du 1^{er} août 1893, la cessation de l'existence de la nullité avant l'introduction de la demande couvre l'action en nullité.

ART. 35. — (Répétition des dividendes fictifs.)

Chez les sociétés par actions les dividendes fictifs une fois distribués aux actionnaires ne sont plus sujets à répétition. C'est le contraire que prescrit l'article 35 pour les sociétés à responsabilité limitée.

L'antinomie de ces deux règles soulève la question suivante : est-ce que les dividendes fictifs distribués à un actionnaire de bonne foi pourront être récupérés après la transformation de la société par actions en société à responsabilité limitée ?

Que la répétition soit poursuivie par des créanciers antérieurs ou postérieurs à la transformation, il faut la déclarer impossible, parce qu'elle se heurte à des droits acquis par des actionnaires de bonne foi ; d'ailleurs la loi ne laisse pas sans recours ces créanciers illégalement frustrés. Elle leur accorde une action en responsabilité contre les administrateurs et les membres du conseil de surveillance en fonctions au moment de

la distribution des dividendes fictifs, action qu'il n'y a aucune raison de déclarer éteinte et qui constitue, au moins pour les créanciers antérieurs à la transformation, un droit acquis.

ART. 35 (*Suite*). — « L'action en répétition se prescrit par cinq ans à partir du jour fixé pour la distribution des dividendes. »

Si cette règle est la même que celle pour les sociétés par actions (art. 10, al. 5, de la loi du 24 juillet 1867), cette prescription est inconnue des sociétés par intérêt.

Alors est-ce que, par exemple, le commanditaire d'une commandite simple qui a perçu des dividendes fictifs, va pouvoir opposer aux créanciers la prescription dès que cinq ans se seront écoulés depuis la transformation en société à responsabilité limitée ?

Répondons non, parce que les créanciers ont acquis un droit que leurs débiteurs ne peuvent modifier par une transformation. Ce n'est d'ailleurs que justice car ces créanciers n'ont pas été protégés contre la distribution de dividendes fictifs par la menace d'une sanction pénale comme celle établie par l'article 38 de la loi du 7 mars 1925.

CONCLUSION. — En ce qui concerne les règles applicables aux sociétés qui se transforment en société à responsabilité limitée, nous ne prétendons pas avoir tout dit.

Nous avons surtout cherché à dégager les principes que l'on peut résumer dans les trois propositions suivantes :

1° Aucune règle ne saurait prévaloir, quand elle se heurte à des droits acquis par des tiers contre la société;

2° Lorsqu'une règle de la loi du 7 mars 1925 n'est qu'interprétative, il faut en faire abstraction et se reporter à celle qui gouvernait la société avant sa transformation ;

3° Si au contraire on se trouve en face d'une règle impérative de la loi de 1925, c'est elle qui devra s'appliquer, à moins que sa raison d'être n'existe plus lorsqu'au lieu d'une société qui se constitue directement en société à responsabilité limitée, il s'agit d'une société qui se transforme en société à responsabilité limitée.

CHAPITRE III

Questions fiscales.

Généralités : Pourquoi le fisc veut toujours considérer les transformations comme de véritables constitutions de société.

Les trois quarts des décisions de la jurisprudence relatives à la matière de la transformation des sociétés, sont rendues à propos de différents qui surgissent entre les associés et l'administration de l'enregistrement. Cette dernière, qui ne perd jamais ses droits, a eu très souvent, à propos d'une simple transformation de société, la prétention de percevoir les mêmes droits que s'il s'agissait d'une véritable liquidation suivie d'une nouvelle constitution de société.

Pour ceux qui, avec nous, considèrent que le changement de forme n'est qu'une simple modification à des statuts, cette prétention paraît de prime abord dénuée de tout fondement.

Nous savons bien que souvent les interprétations données par le fisc ne manquent pas de hardiesse. Néanmoins pour qu'il ait seulement pensé à voir une liquidation dans un acte qui en est aussi éloigné qu'une transformation, il faut qu'il y ait une raison, et c'est celle-ci que nous voudrions mettre en lumière.

Comme nous l'avons montré dans notre introduction

lorsqu'une société existante se transformera en société à responsabilité limitée, et surtout si sa création est de date antérieure à 1925, l'unique but poursuivi par les associés sera de profiter des avantages (limitation de responsabilité, suppression des complications entraînées par la forme anonyme, diminution d'impôts, etc.) que la loi du 7 mars 1925 a mis à leur disposition. Et il n'y a rien là qui puisse faire supposer que les associés ont changé d'idée, ou que l'organisme que constitue une société soit composé d'éléments nouveaux.

Lorsqu'au contraire la transformation n'est pas concomitante à la création d'un type nouveau comme c'était la plupart du temps le cas avant 1925, elle est presque toujours la manifestation d'un bouleversement complet qui vient de s'opérer chez la société transformée. Si une société en se constituant n'a pas adopté une forme que rien ne l'empêchait de prendre c'est que celle-ci ne lui convenait pas. Et il n'est pas difficile de comprendre que si demain cette même société trouve qu'une autre forme lui irait mieux, c'est que très probablement il y a du nouveau. Il arrive même très souvent que cette façon d'agir ne soit qu'un procédé de liquidation.

Voilà, suivant nous, un état de chose qui explique pourquoi le fisc a été amené à considérer comme une constitution ce qui n'est qu'une simple modification de statuts. Habitué à voir la transformation recouvrir toujours en fait une véritable constitution de société, il a fini par croire qu'en principe elle en était inséparable.

Heureusement la jurisprudence a d'une façon générale fortement freiné ses appétits. Il est seulement regrettable qu'elle ne l'ait pas fait d'une façon assez précise, et il est à craindre qu'à propos de la transformation des sociétés existantes en société à responsabilité limitée l'enregistrement ne continue à réclamer un certain nombre de droits qui ne doivent être dûs qu'à l'occasion des liquidations ou constitutions de sociétés.

Ceci est d'autant plus à craindre que le rapporteur au Sénat de la loi du 7 mars 1925, M. Chapsal lui-même, a exprimé des doutes à cet égard, et a donné de la jurisprudence sur la matière des droits dûs en cas de transformation un compte-rendu fort inexact, et dont les conclusions seraient de nature à inciter l'enregistrement à renouveler ses anciennes prétentions avec une assurance accrue, et à lui donner une apparence de vérité.

« D'après la jurisprudence généralement suivie, dit M. Chapsal dans son rapport au Sénat, le changement de la forme de la société emporte ou non dissolution de celle-ci et création d'un être moral nouveau, suivant que ce changement est ou n'est pas formellement stipulé dans les statuts. En sorte que pour éviter les conséquences onéreuses résultant de la constitution d'un être moral distinct, il importe de prévoir la transformation de la société dans les statuts. » Et lors de la discussion de la loi au Sénat, il a donné la précision suivante : « Les sociétés qui voudront se transformer — car elles ne pouvaient prévoir la législation nouvelle des sociétés à responsabilité limitée — devront donc

commencer par insérer dans leurs statuts la possibilité d'opérer cette transformation, et postérieurement, elles réaliseront la transformation ; ainsi elles éviteront légitimement la perception des droits d'enregistrement » (Sénat, 27 février, *J. O.*, 28, p. 123).

De ces paroles, deux idées se dégagent clairement :

1° En cas de transformation d'une société existante en société à responsabilité limitée il faudra payer à l'enregistrement les droits dus à l'occasion d'une liquidation et d'une constitution de société ;

2° La perception de ces droits sera évitée, si, avant la transformation, il est inséré dans les statuts une clause autorisant ce changement de forme.

Or, de ces deux points nous prétendons pouvoir prouver l'inexactitude.

Nous croyons avoir démontré dans notre première partie qu'il n'y avait pas lieu de se demander si la transformation entraînait la création d'un être moral nouveau, que le changement de forme n'étant qu'une simple modification de statuts n'impliquait jamais nécessairement liquidation et reconstitution de société, et que par conséquent chaque difficulté devait être résolue indépendamment des autres et à l'aide des seuls principes qui gouvernent la matière à laquelle elle appartient.

Nous restons donc fidèles à une méthode qui jusqu'ici nous a donné entière satisfaction et nous nous demanderons à propos de chacun des droits que l'enregistrement a eus la prétention de percevoir au cas de transformation, les solutions qu'il convient d'adopter.

§ 1. — *Droit d'apport.*

La loi du 22 frimaire an VII (art. 68, § 3, 4^o) prescrit l'enregistrement au droit fixe de 3 francs des « *actes de sociétés* qui ne portent ni obligations, ni libération, ni transmission de biens meubles ou immeubles entre les associés ou autres personnes ».

La loi du 28 avril 1816 (art. 45, 2^o) a porté à 5 francs le droit fixe à percevoir sur « *les actes de formation ou de dissolution de société* ».

La loi du 28 février 1872 (art. 2) a converti le droit fixe établi par la loi du 22 frimaire an VII et les lois subséquentes, en un droit fixe gradué de 5 francs pour 5.000 francs. Ce droit est perçu sur (art. 1) « *le montant total des apports mobiliers ou immobiliers, déduction faite du passif, qui sont indiqués dans les actes de formation et de prorogation de société qui ne contiennent ni obligation, ni libération, ni transmission de biens meubles ou immeubles, entre les associés ou autres personnes* ».

La loi du 28 avril 1893 (Art. 19) a converti en un droit proportionnel de 0 fr. 20 % le droit fixe gradué perçu « sur les actes désignés dans l'article 1^{er} de la loi du 28 février 1872 ».

Enfin, par différentes lois ce droit proportionnel a été augmenté et porté à un taux qui est aujourd'hui de 3 francs pour 100 francs (1).

1. Tous ces textes sont résumés aujourd'hui dans l'article 271 (§ 13, 4^o) du décret du 1^{er} janvier 1927 « portant codification

Pour la définition de ce droit, nous avons voulu nous en remettre complètement aux termes des lois qui l'ont établi afin d'être sûr de ne pas le dénaturer, et voici à propos de la question qui vous intéresse (transformation) ce qu'il y faut remarquer. Le droit est perçu sur les « actes de formation » de sociétés et non pas sur les actes qui modifient un acte de formation, puisque la loi prend elle-même soin de soumettre au droit proportionnel un seul de ces actes de modification à savoir l'« acte de prorogation ». Il est bien évident que si la loi avait voulu soumettre au même droit tous les actes de modifications, elle se serait peut-être dispensée de le dire, mais elle n'aurait certainement pas mentionné un seul de ces actes. Toute la difficulté réside donc dans la question de savoir : qu'est-ce qu'un acte de formation de société ? Nous croyons qu'on peut conclure de ce que ce droit est devenu proportionnel au montant des apports, que l'idée d'« acte » s'est effacée devant celle de « modification à la condition juridique d'un bien », et que par conséquent aujourd'hui ce qui motive la perception du droit d'apport c'est le fait qui rend indivis ou plutôt sociaux des biens qui étaient soumis au régime de la propriété individuelle. En un mot, le droit proportionnel d'apport est dû chaque fois qu'il y a mise en société d'un bien.

des textes législatifs concernant l'enregistrement des actes et mutations, et l'application des droits d'enregistrement d'hypothèques et de greffe : sont soumis à un droit de 3 francs pour 100 fr. « les actes de formation et de prorogation de société qui ne contiennent ni obligation, ni libération, ni transmission de biens, meubles ou immeubles, entre les associés ou autres personnes. »

Dès lors, puisque la transformation ne désagrège pas la société, puisque comme n'importe quelle modification de statuts elle ne change rien à la condition des biens sociaux, il nous apparaît logiquement impossible d'admettre que le droit d'apport soit dû en cas de transformation de société.

Il nous faut cependant bien reconnaître que tel n'est pas absolument le *sentiment de la jurisprudence*.

D'une façon générale elle a tendance à considérer comme nous que c'est sur la « mise en commun » de biens déterminés qu'est dû le droit d'apport (1).

Mais il est visible qu'elle considère aussi que ce droit doit être payé chaque fois qu'un contrat de société est passé indépendamment du fait que des biens sont mis

1. Un arrêt de la Cour de Paris du 1^{er} juillet 1899 (*J. Soc.*, 1900.83) refuse à la régie de percevoir des droits à l'occasion de la transformation d'une société en nom collectif en commandite simple. Les statuts préoyaient bien ce changement de forme en cas de mort d'un associé, mais pas comme cela s'est produit (un associé avait vendu à un tiers une partie de sa part et avait conservé le reste à titre de commanditaire).

Un jugement du Tribunal de Reims du 14 mars 1905 (*Rép. pér.*, n° 11015), à propos encore de la transformation d'une société en nom collectif en commandite simple, se prononce dans le même sens. Là aussi les statuts préoyaient l'adoption du type en commandite, mais au moyen d'un commanditaire autre que celui qui a causé le changement de forme.

Les auteurs dont nous avons exposé les différents systèmes au début de cette étude, indiquent plusieurs décisions en sens contraire : Cass., Ch. civ., 29 juillet 1890 (D. P. 91.1.54) ; Trib. Béthune, 15 janvier 1886 (*J. Enreg.*, 22617) ; Trib. Seine, 4 décembre 1891 (*Rép. pér.*, 7809) ; Trib. de Valenciennes, 29 avril 1898 (*J. Soc.*, 1899.92). Mais il n'y a pas lieu de tenir compte de ces décisions parce qu'elles ne sont pas rendues à propos de transformations pures et simples ; la transformation y est toujours accompagnée d'autres et profondes modifications d'objet, de personnel, etc...

en société ; et nous croyons que cette idée, si elle n'est plus celle qui doit dominer la perception du droit d'apport depuis qu'il est proportionnel, a du moins été celle qui a inspiré la loi du 22 frimaire an VII établissant un droit fixe sur l'enregistrement des « actes de sociétés ». En conséquence, cette jurisprudence admet quelquefois que le droit d'apport est dû quand la transformation cause à l'esprit du contrat de société primitif une telle perturbation que le contrat de société modifié a une allure générale qui le sépare nettement de ce qu'il était auparavant, et forme véritablement un nouveau contrat de société.

Dans plusieurs décisions, nous retrouvons l'influence de cette idée, et c'est sur elle que s'est appuyé un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du 11 mai 1905 (S.1906.1.361) pour ordonner le paiement du droit d'apport dans un cas de transformation d'une société anonyme en commandite simple. En effet, lorsqu'on passe de la forme anonyme à la forme en commandite il y a une grande idée nouvelle qui est introduite dans l'esprit du contrat de société : c'est l'effacement du rôle de chaque associé en face du pouvoir exorbitant que va prendre le commandité. « Attendu, dit cet arrêt de Cassation, que ces conventions portent atteinte aux bases mêmes du pacte primitif, constituent incontestablement une novation stipulée et acceptée par tous les contractants. »

Voilà donc relativement au droit d'apport le système de la jurisprudence. Mais nous croyons que pas plus que le nôtre, dont il est cependant différent, il ne com-

mande d'admettre que le droit d'apport est dû au cas de *transformation* d'une société existante en *société à responsabilité limitée*. En effet, le contrat de société, tel qu'il résulte d'une telle transformation, sera peut-être encore plus conforme à l'esprit du contrat primitif, lequel, en l'absence d'un type de société répondant à ses aspirations, en avait pris un autre dont l'adoption en avait probablement un peu dénaturé le véritable sens. De plus, la forme à responsabilité limitée n'implique aucune règle qui, comme celle de la défense d'immixtion du commanditaire, donne au contrat de société un caractère spécial, et les sociétés à responsabilité limitée ont même si peu d'originalité que certains auteurs, hésitant à les ranger parmi les sociétés de personnes ou parmi les sociétés de capitaux, en font une catégorie intermédiaire.

Disons donc, que, même si l'on se règle sur le système de la jurisprudence, toute transformation en société à responsabilité limitée ne motivera jamais la perception du droit d'apport parce qu'elle n'apporte aucun changement à l'esprit du contrat de société. L'enregistrement de l'acte de transformation sera seulement enregistré au droit fixe de 11 fr. 20 comme tous les actes extrajudiciaires qui ne sont pas expressément soumis à un droit fixe déterminé ni à aucun droit proportionnel (1).

1. En ce sens une réponse de M. le Ministre des Finances à une question posée le 4 juin 1925 par M. Joseph Courtier :

« M. Joseph Courtier, sénateur, demande à M. le Ministre des Finances si l'acte de transformation d'une société en commandite simple en société à responsabilité limitée doit être soumis

Quant à l'idée exprimée par M. Chapsal, à savoir que si le contrat de société prévoit la transformation le droit d'apport cesse d'être dû, elle contient sans

« au droit d'enregistrement proportionnel ou au droit fixe, lorsque les statuts de la société primitive ne prévoyaient aucune transformation et lorsque les modifications ne comportent que les changements nécessités par la forme nouvelle de la société. » sans toucher à des éléments essentiels de la société primitive. » (Question du 4 juin 1925).

« Réponse. — Si l'acte visé par l'honorable député réalise uniquement le changement de forme autorisé par l'article 41 de la loi du 7 mars 1925 sur les sociétés à responsabilité limitée, il n'est passible que du droit fixe d'enregistrement ; dans l'hypothèse contraire, les dispositions qu'il contient doivent être tarifées suivant les règles du droit commun. »

Cette réponse vient rectifier ce qu'avait de défectueux sur ce point l'instruction n° 3851 du 11 avril 1925 de la Direction générale de l'Enregistrement sur le régime fiscal des sociétés à responsabilité limitée.

« Transformation. — En ce qui concerne les actes portant transformation, soit d'une société préexistante en une société à responsabilité limitée, soit d'une société à responsabilité limitée en une société ayant une forme différente, il y a lieu de distinguer suivant que cette conversion rentre ou non dans les prévisions de l'article 41 de la loi.

« Dans le premier cas, le simple changement de forme n'opère ni la dissolution de la société primitive, ni la constitution d'un être moral nouveau ; et l'acte qui le constate ne donne ouverture qu'au droit fixe de 6 francs en principal des actes innomés. Mais si l'acte contient des modifications qui ne soient pas de pure forme (augmentation ou réduction de capital, prorogation de délais, etc.), ces dispositions particulières doivent être taxées d'après leur nature propre.

« S'il s'agit, au contraire, de conversions non prévues par l'article 41 de la loi du 7 mars 1925 (conversion d'une société civile en une société à responsabilité limitée, conversion d'une société à responsabilité limitée en une société autre qu'une société anonyme), l'opération rentre dans le droit commun et rend exigible, le cas échéant, d'après les principes posés par la jurisprudence, les droits afférents aux dissolutions et constitutions de sociétés (Voir notamment, Cass. civ., 11 avril 1905 ; Inst., n° 3174, § 3). »

doute une part de vérité, mais les conséquences qu'il en déduit nous apparaissent des plus douteuses.

Il est certain que si le contrat primitif prévoit la transformation, celle-ci rentrant dans son esprit, sa réalisation ne le modifiera pas.

Mais soutenir que pour frauder — c'est le seul mot qui convienne en la circonstance — ce droit, il suffira avant la transformation de modifier les statuts pour leur faire prévoir la transformation, c'est admissible, et nous estimons que si l'on décide qu'un droit d'apport n'est pas dû au moment de la réalisation de la transformation, il faut dire qu'il est dû au moment de la modification, des statuts parce que cette modification altère profondément l'esprit du contrat de société.

Ce procédé qu'indique M. Chapsal pour échapper à la perception du droit d'apport est vraiment trop simple, et si MM. Houpin et Boivieux (n° 783) l'indiquent eux aussi, ils ne le font qu'en lui apportant un important tempérament : ils prescrivent « d'attendre qu'il se soit écoulé un certain temps depuis le vote de la modification ».

§ 2. — *Droits de mutation sur les apports.*

Au regard de l'enregistrement un apport ne constitue pas une aliénation faite par l'associé à la société, aliénation qui serait passible du droit de mutation immobilière ou mobilière, parce que le fisc considère que normalement le bien objet de l'apport doit à la dissolution de la société faire retour à l'assuré qui en était

propriétaire avant la constitution de la société. Mais si après que la société a pris fin ce bien est mis dans le lot d'un autre associé que celui qui l'avait apporté à la société, une mutation définitive s'est produite, mutation sur laquelle sera perçu le droit proportionnel. Autrement dit, tant qu'une société n'est pas dissoute, la perception du droit de mutation est suspendue parce que si un bien social faisait retour à son apporteur, il n'aurait en réalité pas été aliéné et ne devrait pas ce droit.

Par conséquent, au moment où une société prend fin, si l'apporteur d'un bien n'est plus associé, il est certain que ce ne sera pas à lui que sera attribué l'objet dont il avait été propriétaire, et sans même attendre le résultat du partage l'enregistrement peut réclamer le droit proportionnel de mutation qui concerne ce bien.

Or, si au moment d'une transformation de société un associé apporteur ne fait plus partie de la société, est-ce que les droits de mutations concernant les biens objets de son apport sont exigibles ?

Oui, si comme c'est fréquent, le changement de forme recouvre une opération de liquidation (1). Non, lorsque la transformation est pure et simple comme dans le cas que nous envisageons, car elle n'est qu'une

1. En ce sens : Trib. Seine, 4 décembre 1891 (*Rép. pér.*, 7809), décision rendue à propos d'une transformation qui n'était tellement qu'un procédé de liquidation que la Société transformée devait verser une certaine somme aux anciens membres. — Trib. Arras, 22 juin 1898 (*Journ. de l'Enrèg.*, n° 25607).

modification à des statuts et n'a rien de commun avec une dissolution de société (1).

§ 3. — *Droit de mutation sur une partie de l'actif égale au passif.*

Il arrive fréquemment que pour se liquider une société emploie le procédé suivant : au lieu de vendre séparément chacun de ses biens pour en répartir le prix à ses créanciers d'abord à ses membres ensuite, elle transmet son actif et son passif, c'est-à-dire l'universalité de ses biens, à une autre société. A l'occasion de cette opération, l'enregistrement au lieu de percevoir le droit d'apport sur tout l'actif, ne le perçoit que sur l'actif net; et sur le reste de l'actif brut, c'est-à-dire pour une somme égale au passif, il perçoit le droit proportionnel de mutation qui est plus fort que le droit d'apport. Ceci en vertu de la loi du 28 février 1872, article 1^{er} (rapporté *supra* à propos du droit d'apport), qui ne soumet à ce droit que « le montant total des apports mobiliers ou immobiliers déduction faite du passif », parce que dans la mesure où le passif est pris en charge, il y a moins un droit d'apport qu'une véritable aliénation à titre onéreux passible du droit proportionnel de mutation.

1. En ce sens : Trib. Remiremont, 25 janvier 1900 (*Journ. Soc.*, 1900.453) relatif à la transformation d'une société en nom collectif en commandite simple. — Trib. Hanoï, 31 décembre 1905 (*Rev. de l'Enreg.*, 1907, p. 208) relatif à la transformation d'une commandite simple en société en nom collectif.

Or, est-ce que droit proportionnel de mutation à percevoir sur une partie de l'actif égale au passif est dû au cas de transformation ?

Oui, si le changement de forme recouvre une véritable liquidation, ce qui est facile à voir si par exemple les associés ne sont plus les mêmes après la transformation (1).

Non, quand la transformation étant pure et simple elle n'est qu'une modification à des statuts (1).

Par conséquent, dans l'hypothèse de transformation qui fait l'objet de notre étude, il est certain que ce droit n'est pas dû.

1. C'est ce qu'a décidé un jugement du Tribunal de Rennes du 26 mai 1884 (*Rép. pér.*, 6321) à propos de la transformation d'une commandite par actions en société anonyme, transformation accompagnée d'un changement d'objet d'une augmentation de durée et de capital. « Attendu que la transformation étant légale les changements qui en sont la conséquence nécessaire, tels que modification du titre, disparition du gérant responsable, substitution d'actionnaires aux associés, ne peuvent avoir pour effet à eux seuls d'entraîner la dissolution de l'ancienne société ; mais qu'il en est autrement quant à ces modifications viennent se joindre une extension considérable non seulement du capital social et de la durée de la société, mais encore de son objet, un changement profond dans la collectivité de biens et dans la répartition de l'actif social. »

Si dans ce jugement il n'est pas question du droit d'apport, c'est parce que, indépendamment de toute transformation, il est dû par le seul fait qu'il y a prolongation de la durée de la société (loi du 28 février 1872, art. 1).

2. En ce sens : Trib. Laon, 1^{er} avril 1912 (*J. Soc.*, 1913.283)

§ 4. — *Droit d'abonnement au timbre.*

D'après la loi du 5 juin 1850 art. 14 tel qu'il est modifié, chaque titre ou certificat d'action dans une société est assujetti au timbre proportionnel de 2 % du capital nominal pour les sociétés dont la durée n'excède pas dix ans et de 4 % pour celles dont la durée dépasse dix années (1).

D'après l'article 22 de la même loi, les sociétés pourraient s'affranchir du paiement du droit de timbre sur leurs actions « en contractant avec l'Etat un abonnement pour toute la durée de la société ». Le droit annuel est de 0 fr. 20 par 100 francs du capital nominal de chaque action émise (2).

De ces deux textes il résulte clairement qu'une société qui se constitue a le choix entre deux modes de paiement : le paiement au comptant, ou le versement d'un droit plus faible mais qui se renouvellera chaque année tant que la société fonctionnera. Et ce qu'il faut bien remarquer c'est que le droit de timbre est dû par le seul fait que des actions sont créées, et que ce n'est pas parce qu'il sera perçu au moyen d'un abonnement qu'il pourra dans certains cas sauf ceux expressément prévus par la loi (3) ne plus être dû. Si la société, au

1. Cette disposition est devenue l'article 1^{er} du décret du 31 décembre 1926 portant codification des textes qui régissent les valeurs mobilières.

2. Art. 6 du décret sus-nommé.

3. Article 24 (loi du 5 juin 1850) : sont dispensées du droit : 1^o les sociétés qui, depuis leur abonnement, se seront mises ou auront été mises en liquidation ; 2^o celles qui, postérieurement

cours de son existence, supprime ses actions, de même qu'elle ne pourrait demander le remboursement d'une partie du droit payé au comptant, de même elle ne pourra se soustraire pour l'avenir au paiement du droit annuel, droit qui est dû pour toujours par le seul fait que des actions ont existé à un certain moment.

Or, si la disparition des titres négociables est provoquée par la transformation de la société par actions en société par intérêt, la même solution doit être admise puisqu'une transformation pure et simple n'est qu'une modification à des statuts et ne peut équivaloir à une dissolution.

Ce résultat d'une logique incontestable est admis par deux jugements et un arrêt de Cassation (1).

Devant un principe aussi certain, devant une jurisprudence aussi cohérente et aussi unanime, il semblerait qu'une société par actions qui adopte le type à responsabilité limitée doive, malgré la suppression obli-

à leur abonnement, n'aurent dans les deux dernières années payé ni diviende, ni intérêts (art. 7 du décret de codification sus-nommé).

1. Un arrêt de la Cour de Paris du 8 avril 1864 (*Rép. pér.*, 1928) qui se fonde sur ce que seule une liquidation peut faire cesser l'abonnement.

Un jugement du Tribunal de Péronne du 20 août 1884 (S. 89. 1.33) : « Attendu qu'il est de principe qu'un abonnement facultatif une fois souscrit devient irrévocable ; que la loi du 5 juin 1850 ne prévoit que deux exceptions. »

Un arrêt de la Chambre des requêtes du 24 janvier 1893 (S. 93. 1.266) : « C'est sur les titres tels qu'ils ont été émis au début même de la société que l'impôt du timbre doit être perçu sans qu'il y ait lieu de faire aucune distinction entre le cas où la société a choisi le mode de paiement du timbre au comptant, et le cas où elle a choisi le mode de paiement par abonnement. »

gatoire de ses titres négociables, continuer à payer au timbre le droit annuel d'abonnement.

Monsieur le Ministre des Finances a déclaré dans une réponse à M. Brocard député (*J. O.*, 30 juin 1926), qu'en cas de transformation d'une société par actions en société à responsabilité limitée la taxe d'abonnement en timbre cesse d'être exigible.

Nous aurions compris une telle faveur si elle avait été limitée dans sa durée. En effet, il est juste qu'une société qui, au fond, n'est pas une société de capitaux et qui est anonyme malgré elle, parce que aucun de ses membres ne voulait risquer la totalité de sa fortune, puisse en adoptant la forme qu'elle aurait certainement prise directement si elle avait été légale au moment de sa constitution, ne pas supporter les inconvénients des lacunes de notre législation. Mais donner ainsi une solution destinée à s'appliquer toujours, c'est véritablement heurter sans raison la règle traditionnelle de l'irrévocabilité de l'abonnement.

Vu : le Président de la thèse,
LÉVY-ULLMANN.

Vu : Le Doyen,
BERTHELÉMY.

Vu et permis d'imprimer,
Le Recteur de l'Académie de Paris,
CHARLÉTY.

BIBLIOGRAPHIE

- THALLER (E.). — Traité élémentaire de droit commercial, 7^e éd., revue et mise à jour par J. Percerou, 1925.
- COLIN (A.) et CAPITANT (H.). — Cours élémentaire de droit civil français, 2^e édition, t. I, 1919 ; t. II, 1920 ; t. III, 1921.
- LYON-CAEN (Ch.) et RENAULT (L.). — Traité de droit commercial.
- Journal des Sociétés*, année 1910, n^{os} de mars, avril et mai (étude de M. Wahl); année 1913, n^{os} de mars, avril et mai (étude de M. Lacour).
- Revue des Sociétés*, année 1925, n^{os} de juin et juillet (étude de M. Auger).
- Journal des notaires*, année 1925, 20 juin à 5 juillet, articles 34385 à 34396. Commentaire de la loi du 7 juillet 1925, par Georges Piot.
- Journal des Sociétés*, année 1925, n^o de juin. La loi nouvelle sur les sociétés à responsabilité limitée, par J. Lepargneur.
- Les lois nouvelles*, année 1925. Commentaires des lois nouvelles. Sociétés à responsabilité limitée, par A. Laurent.
- CHAPSAL (M.). — Rapport, n^o 712, Sénat, année 1924, session extraordinaire.
- Revue juridique d'Alsace et de Lorraine*, année 1926, n^o de mars-avril. La loi française sur les sociétés à responsabilité limitée et son introduction en Alsace-Lorraine, par A. Chéron.
- AUGER (B.) et MICHEL (R.). — Traité et formulaire des sociétés à responsabilité limitée, 2^e édition (octobre 1926). (Extrait du juris-classeur des sociétés).
- PIC (P.) et BARATIN (F.). — Des sociétés à responsabilité limitée, 1927.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.....	5
I. — La forme à responsabilité limitée répond à des besoins qui avant 1925 ne pouvaient recevoir complète satisfaction.....	5
II. — Les sociétés à responsabilité limitée jouissent d'un statut fiscal exceptionnellement favorable.....	10
III. — Divisions.....	12

PREMIÈRE PARTIE

LA TRANSFORMATION ENTRAÎNE-T-ELLE DISSOLUTION DE LA SOCIÉTÉ ET CRÉATION D'UN ÊTRE MORAL NOUVEAU.

Intérêt de cette question.....	13
CHAPITRE I. — Etudes relatives à cette matière.....	15
<i>Section I.</i> — Théorie de M. Wahl.....	15
§ 1. — Exposé de cette théorie.....	16
§ 2. — Critique de cette théorie.....	29
<i>Section II.</i> — Théorie de M. Lacour.....	34
§ 1. — Exposé de cette théorie.....	34
§ 2. — Critique de cette théorie.....	44
<i>Section III.</i> — Théorie de M. Auger.....	47
§ 1. — Exposé de cette théorie.....	47
§ 2. — Critique de cette théorie.....	55

CHAPITRE II. — Pourquoi les solutions précédemment données à ce problème ne donnent-elles pas satisfaction ? Manière dont il faut le résoudre.....	59
Section I. — Première raison : Une société ne perd pas la personnalité juridique en se transformant.....	60
Section II. — Deuxième raison : Il n'est pas nécessaire qu'une société se désagrège parce qu'elle perd la personnalité juridique.....	62
Section III. — Troisième raison : Les sociétés ne sont pas des personnes morales.....	65
§ 1. — La condition juridique d'une société est exclusive de la notion de personnalité juridique.....	65
I. — Qu'est-ce qu'avoir la personnalité juridique.....	66
II. — Comparaison de la condition juridique d'une société avec une personne morale, et avec un organisme non pourvu de la personnalité morale.....	71
1. — Comparaison avec une œuvre d'utilité publique.....	72
2. — Comparaison avec l'esclave.....	85
III. — Conclusion.....	89
§ 2. — La loi positive française ne commande pas d'admettre que les sociétés soient des personnes morales.....	91
I. — Le droit français ne connaît qu'une seule sorte d'indivision.....	91
II. — Le droit français ne limite pas le nombre des droits réels.....	95
III. — Certaines règles relatives aux sociétés qu'on considère comme de simples conséquences de leur personnalité morale (le capital social est le gage exclusif des créanciers sociaux), peuvent s'expliquer indépendamment de l'idée de personnalité juridique.....	99

1. — Les créanciers personnels ne peuvent saisir les biens sociaux.....	102
2. — Les créanciers personnels ne peuvent concourir avec les créanciers sociaux sur le prix d'un bien social.....	112
IV, — Les sociétés n'ont pas de nationalité.....	113
1. — Les théories en vigueur conduisent quelquefois à des résultats inadmissibles.....	115
2. — Les textes du droit français ne disent pas que les sociétés ont une nationalité.....	118
3. — Les résultats auxquels conduit notre système sont en parfait accord avec les réalités pratiques.....	124
<i>Section IV. — Conclusion : la transformation d'une société n'est qu'une simple modification de ses statuts.</i>	127

DEUXIÈME PARTIE

RÈGLES GOUVERNANT LA TRANSFORMATION DES SOCIÉTÉS EXISTANTES EN SOCIÉTÉS A RESPONSABILITÉ LIMITÉE.

Analyse de l'article 41 de la loi du 7 mars 1925.....	131
CHAPITRE PREMIER. — Questions relatives au consentement.	140
§ 1. — Transformation d'une société en nom collectif.	142
§ 2. — Transformation d'une société en commandite par intérêt.....	144
§ 3. — Transformation d'une société anonyme.....	145
I. — Sociétés postérieures à 1913.....	146
II. — Sociétés antérieures à 1913.....	151
§ 4. — Transformation des sociétés en commandite par actions.....	155
§ 5. — Transformation des sociétés anonymes à participation ouvrière.....	156

§ 6. — Transformation des sociétés civiles.....	157
§ 7. — Transformation des sociétés à capital variable.....	158
CHAPITRE II. — Quelles sont les règles auxquelles doivent se conformer les sociétés existantes qui adoptent la forme à responsabilité limitée.....	160
<i>Section I. — Les principes.....</i>	160
§ 1. — Énoncé de ces principes.....	161
§ 2. — Ces principes sont bien ceux qu'applique la jurisprudence.....	166
<i>Section II. — Application des principes dégagés.....</i>	176
§ 1. — A quelles prescriptions de la loi du 7 mars 1925 doivent se conformer les sociétés qui adoptent la forme créée par elle ?.....	176
Article 1.....	176
Article 2.....	178
Article 3.....	179
Article 4.....	180
Article 6.....	182
Article 7.....	184
Article 8.....	186
Article 9.....	192
Article 10.....	192
Article 11.....	192
Articles 12, 13, 14, 15, 17, 19, 20.....	193
Articles 21, 22, 23.....	195
Article 24.....	197
Article 25.....	198
Article 26.....	198
Article 27.....	200
Article 28.....	201
Article 29.....	201
Article 30.....	202
Article 31.....	202

Article 32.....	203
Article 33.....	204
Article 34.....	205
Article 35.....	205
Article 36.....	206
Articles 37, 38, 39.....	207
Articles 40, 41, 42, 43.....	208
§ 2. — Dans quelle mesure les règles propres au type abandonné par la société qui se transforme subsis- tent-elles ?.....	210
§ 3. — Que deviennent les droits acquis avant la trans- formation de la société, et qui se heurtent à l'appli- cation d'une règle propre aux sociétés à responsabi- lité limitée.....	216
Conclusion.....	221
CHAPITRE III. — Questions fiscales.....	223
Généralités : Pourquoi le fisc veut toujours considérer les transformations comme de véritables constitu- tions de société.....	223
§ 1. — Droit d'apport.....	227
§ 2. — Droits de mutation sur les apports.....	233
§ 3. — Droit de mutation sur une partie de l'actif égale au passif.....	235
§ 4. — Droit d'abonnement au timbre.....	237
BIBLIOGRAPHIE.....	241

